



UNIVERSIDAD CENTROAMERICANA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

**Análisis jurídico sobre la regulación de la unión de hecho estable en el dictamen de  
Código de Familia del 31 de marzo de dos mil once.**

Trabajo investigativo para obtener el título de Licenciado en Derecho

Autor:

Br. Álvaro Antonio Murillo Cruz

Tutor: Jorge Moreno

Managua, Nicaragua

Febrero, 2012

*Dedicatoria*

*A Dios.*

*quien por su infinita bondad me rescató de la oscuridad  
y me encargó la misión de ser sal y luz en el mundo.*

*A mi familia.*

*quienes provienen de la humildad y pobreza,  
ejemplo vivo del espíritu de superación.*

*Ávaro H. Murillo Cruz*

# Contenido

Objetivo General

Objetivos Específicos

Introducción

Justificación

1 Capítulo I. Nociones básicas para estudiar la unión de hecho estable

1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LAS UNIONES EXTRAMATRIMONIALES.

- 1.1.1 Egipto
- 1.1.2 Hebreo
- 1.1.3 Grecia
- 1.1.4 Roma
- 1.1.5 India
- 1.1.6 China
- 1.1.7 Sumaria

1.2 TRATAMIENTO JURÍDICO A LAS UNIONES EXTRAMATRIMONIALES EN LA ANTIGÜEDAD

- 1.2.1 Roma
- 1.2.2 España
- 1.2.3 Derecho Canónico

1.3 ANOTACIONES SOBRE LA TERMINOLOGÍA Y/O DENOMINACIÓN

1.4 CONCEPTOS SOBRE LA UNIÓN DE HECHO ESTABLE

- 1.4.1 Conceptos sociológicos
- 1.4.2 Conceptos doctrinarios

1.5 CARACTERÍSTICAS DE LA UNIÓN DE HECHO ESTABLE

- 1.5.1 Diferencia de sexos
- 1.5.2 Capacidad y aptitud legal
- 1.5.3 Permanencia y Estabilidad
- 1.5.4 Notoriedad (Reconocimiento Social/ Publicidad)
- 1.5.5 Singularidad
- 1.5.6 Convivencia
- 1.5.7 Creación de una familia
- 1.5.8 Ausencia de formalidades

2 Capítulo II. Legislación nicaragüense antes del Dictamen de Código de Familia del 31 de marzo del 2011.

- 2.1 ANTECEDENTES JURÍDICOS EN LA LEGISLACIÓN NICARAGÜENSE
  - 2.1.1 Código Civil de 1867
  - 2.1.2 Código Civil de 1904
- 2.2 LEGISLACIÓN VIGENTE PREVIO AL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL.
  - 2.2.1 Ley de Seguridad Social
  - 2.2.2 Ley Reguladora de las Relaciones entre Madre, Padre e Hijos
- 2.3 LEGISLACIÓN VIGENTE POSTERIOR AL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL A LA UNIÓN DE HECHO
  - 2.3.1 Leyes Penales
  - 2.3.2 Ley de Alimentos
  - 2.3.3 Ley de Migración.
  - 2.3.4 Ley de Migración y Extranjería vigente.

3 Capítulo III: Tratamiento jurídico contemporáneo para la unión de hecho estable en algunas constituciones referenciales y discusión doctrinaria

- 3.1 TRATAMIENTO QUE RECIBE LA UNIÓN DE HECHO ESTABLE EN ALGUNAS CONSTITUCIONES REFERENCIALES.
  - 3.1.1 Constituciones Centroamericanas y Caribeñas.
  - 3.1.2 Constituciones Suramericanas
- 3.2 ANÁLISIS A LAS REGULACIONES CONSTITUCIONALES DE LA UNIÓN DE HECHO ESTABLE
  - 3.2.1 Silencio Legislativo
  - 3.2.2 Equiparación
  - 3.2.3 Posición intermedia
- 3.3 TRATAMIENTO DOGMÁTICO PARA LA UNIÓN DE HECHO ESTABLE

4 Capítulo IV. La unión de hecho y el dictamen de código de Familia de 31 de marzo de 2011

- 4.1 DEFINICIÓN.
- 4.2 CONSTITUCIÓN DE UNIÓN DE HECHO ESTABLE
- 4.3 DECLARACIÓN DE UNIÓN DE HECHO ESTABLE.
- 4.4 SEGURIDAD SOCIAL
- 4.5 DE LA PUBLICIDAD

Conclusiones

Recomendaciones

Referencias

## **Objetivo General**

Analizar los aciertos y desaciertos de la regulación de la unión de hecho estable presentado en el dictamen de Código de Familia del treinta y uno de marzo de dos mil once; asimismo, si la misma es consistente con la filosofía y Principios Generales de Derecho y del Derecho de Familia; de igual manera, la pertinencia de la posibilidad que se le confiere al Notario de constituir Uniones de Hecho, y las consecuencias jurídicas que provocaría.

## Objetivos Específicos

- ❖ Presentar el concepto, nacimiento y desarrollo histórico de la Unión de Hecho, además del tratamiento jurídico que se le ha dado en Nicaragua.
- ❖ Calificar conforme a la filosofía y los principios generales del Derecho, el derecho de familia y la función notarial, la regulación de la unión de hecho estable presentada en el dictamen de Código de Familia del 31 de marzo del 2011.
- ❖ Estudiar las consecuencias jurídicas de la regulación de la unión de hecho estable presentado en el dictamen de Código de Familia que permite la declaración de las mismas por notarios públicos.

## Introducción

“La simple comunidad de bienes o intereses, aun resultantes de un hecho voluntario de las partes, no constituye una sociedad. Sin embargo, se constituye sociedad de hecho, por juntarse dos personas de diferente sexo y hacer completa vida marital común, con comunidad de bienes o intereses” reza el artículo 3178 del Código Civil de la República de Nicaragua de 1904. El citado artículo, evidencia el reconocimiento que desde entonces se le da en el ordenamiento jurídico nacional a las uniones extramaritales.

El nueve de enero de 1987, se dio la aprobación de nuestra actual Constitución Política, promulgada por el Presidente de la República. En el artículo 72 de dicha Constitución, el pueblo de Nicaragua le garantiza a la unión de hecho estable protección estatal, siendo que la considera junto al matrimonio, una manera de constituir familia; dice además que la ley se encargará de normar esta materia.

Sin embargo, pese a la referida intención de la norma suprema del ordenamiento jurídico patrio, no se cuenta dentro del mismo con una ley que concentre la regulación de la unión de hecho estable. No existe una norma especializada en la materia que instituya el concepto, los requisitos para su constitución, efectos personales y patrimoniales de la misma, la situación jurídica de los convivientes, la manera de disolverse y las consecuencias que su disolución acarrearía para los miembros de la pareja en unión de hecho.

Sin ninguna ley que la regule para marcar directrices a quienes imparten justicia



en el ejercicio de sus funciones públicas, tratando de dar solución al vacío existente, se ha venido utilizando la figura de la unión de hecho estable de una manera dispersa, antes y después del reconocimiento constitucional. Sólo algunas normas específicas referentes a los alimentos, seguridad social, relación parental, tipificación de delitos y la concerniente a migración, se han dado a la tarea de mencionar en algún momento requisitos y eventuales soluciones en aquellos ámbitos más relevantes para la pareja no casada.

Debido a la desprotección a la que se exponen una vez frustrada la relación de quienes han vivido a la manera de marido y mujer, se hace evidente la necesidad de dotar a esta figura de un cuerpo normativo propio, completo, pertinente y adecuado a la realidad del pueblo nicaragüense; sin menoscabo del estricto respeto de la legalidad y la voluntad de las partes a no ser sometidas a ninguna formalidad ni solemnidad.

Como bien expresa, Mendoza García, citado por Castillo Herrera, “la ausencia de reglamentación (de la unión de hecho) es una omisión legal importante” (2004). Ya que fomenta o permite, como consecuencia, la irresponsabilidad paterna fundamentalmente; también, la carencia de esta regulación formal, amplía la desigualdad real que existe entre los hombres y mujeres en la sociedad nicaragüense.

Así las cosas y con ánimo de dar una respuesta justa a estos conflictos, la Asamblea Nacional dictamina el proyecto de Código de Familia el cual, entre otros particulares, se encarga de resolver este vacío legal ofreciéndole a las uniones de hecho un marco normativo especializado. La intención del legislador ha sido proteger con mayor firmeza los derechos de cada uno de los miembros que componen la unión de hecho estable.

Aunque la expedición de esta ley es de vital importancia, cabe anotar que la reglamentación de la unión de hecho en este dictamen no es intachable, pues

surgen resquicios de importancia total ya que incluye severas inconsistencias y óbices que pueden dar cabida a afectaciones de los más vulnerables. Este trabajo estudiará los aciertos y desaciertos de este esfuerzo legislativo, desde la perspectiva deontológica del derecho, integrando además la naturaleza educadora y política que la materia de familia, por su gran carga ética y moral, debe contener.

Sin embargo, para poder ofrecer una opinión jurídica - doctrinal y legalmente-válida, nos apropiaremos de conocimientos integrales sobre los diversos aspectos de la unión de hecho estable. Estudiaremos, pues, los antecedentes históricos y el devenir jurídico de esta figura para ilustrar la génesis de la unión de hecho estable y su evolución en el tiempo. También indagaremos el tratamiento que ha merecido por la doctrina, las opiniones y discusiones que ha habido alrededor de esta temática -que trae consigo un sinfín de animadversiones y preocupaciones que se fundan en preconceptos de carácter ético, religioso, filosófico, culturales y, por supuesto, jurídicos. Por su puesto, son estos últimos los que atañen a este trabajo. Asimismo, estudiaremos el derecho comparado, con el fin de poder contrastar con otras regulaciones la manera que ha adoptado el legislador nicaragüense al momento de crear una ordenación para esta figura.

Este trabajo versa sobre los aspectos jurídicos del reconocimiento de la Unión de Hecho Estable, por lo que no discutiremos la moralidad o no de este tipo de uniones. Antes bien, dejaremos de lado toda cuestión que justifique el reconocimiento o la indiferencia que los ordenamientos jurídicos les han dado las relaciones entre convivientes cuya motivación sean fundamentados por orden moral. Si bien, el orden público y las buenas costumbres deben ser observados por el Derecho, respaldaremos las posturas desde una reflexión jurídica, basada tanto en el respeto y la garantía de derechos como en la lógica y filosofía del Derecho.

## Justificación

Desde el inicio de Nicaragua como república, hemos vivido cambios sociales, políticos y culturales de gran envergadura; mismos que para ser efectivos fueron respaldados mediante la promulgación de marcos jurídicos que protegieran aquellos intereses que se consideraban importantes y necesarios de tutelar. Nuestras primeras leyes, algunas que se encuentran vigentes aún desde hace más de un siglo, incluían temas relacionados a la materia de familia. Aunque no con el esmero que se merece ni con la celeridad requerida, las normas relacionadas a esta rama del derecho han evolucionado sustancialmente. Actualmente, estamos a la puerta de poder contar con la positivización unificada de la unión de hecho estable en nuestras leyes. Según el dictamen del 31 de marzo 2011 del Código de Familia, esta convivencia fáctica sería equiparada al Matrimonio, estableciéndose mismos requisitos, efectos y también la posibilidad de declararla ante notario decano.

Por el trascendental valor de la familia para la sociedad, consideramos de vital importancia concienciar si la regulación que se está proponiendo se casa con los principios del derecho y la deontología jurídica. Especialmente, urge tomar como piedra angular que la norma de familia atiende bienes jurídicos intangibles y no compensatorios, así como también patrimoniales. Por lo tanto, consideramos que si regulamos cualquier aspecto de la materia de familia debe ser atendiendo a cada uno de estos parámetros. Es decir, que se debe analizar a fondo si la propuesta respeta la voluntad de los convivientes de no ser sometidos a ninguna

formalidad ni establecer vínculos jurídicos con sus parejas, cuidando de no dejar espacio a la creación de injusticias en el marco de este tipo de relaciones.

De ahí la importancia de nuestra investigación. Clarificar si la regulación que se propone sobre la unión de hecho estable en el dictamen del Código de Familia del 31 de marzo del 2011 resuelve todos los problemas e injusticias jurídicas, respetando la lógica jurídica y criterios doctrinarios. Pues, aunque hay situaciones que resolver, no se debe dejar una nueva contrariedad jurídica o creando conflictos entre la norma recién nacida y los principios generales del derecho.

Es importante estudiar, pues, si esta situación (la equiparación de la unión de hecho con el matrimonio) traería consecuencias negativas a la institución matrimonial o si se crearía una duplicidad de instituciones. El uso de una o de la otra, como cauces jurídicos para establecer vínculos entre las personas, estaría sujeta al acomodo de la pareja en cuestión. Además, sin ánimo de establecer proyecciones, merece poner atención y prever si con el tiempo la preferencia de la unión de hecho sobre el matrimonio convertiría a este en una institución ambigua e inservible, o por el contrario, la preferencia del matrimonio sobre la unión de hecho convertiría la regulación antes mencionada en una norma que nace para morir.

Por otro lado, y en igual nivel de importancia, es de cuidado indagar si en la propuesta de regulación que hace el Dictamen existen los mecanismos referentes a la inscripción de estos actos en los registros correspondientes para garantizar la seguridad jurídica entre los convivientes y frente a terceros; recordemos que la función del notario en estos casos, tanto matrimonio, como ahora en la unión de hecho es preventiva. Por lo que, consideramos necesario observar con lupa la regulación propuesta en el dictamen en cuestión.

# **1 Capítulo I. Nociones básicas para estudiar la unión de hecho estable**

## **1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LAS UNIONES EXTRAMATRIMONIALES.**

Escudriñar los antecedentes históricos de la unión de hecho no es tarea fácil. En primer lugar, se trata de una situación fáctica que acarrea consecuencias jurídicas, sin que entre los sujetos medie vínculo legal. En segundo lugar, puesto que el derecho regula la costumbre y moral de las sociedades, nos encontramos con diversos términos con los que se define, los cuales denotan la perspectiva social que se tiene de las mismas. Algunos de estos nombres con los que se define esta convivencia a manera de marido y mujer pueden sentirse peyorativos- tal es el caso de concubinato, otros demasiados progresistas- tal es el caso de las uniones matrimoniales no formalizadas. Esto depende del concepto moral que se le daba a estas uniones.

Durante estos antecedentes pretendemos hacer un pequeño itinerario conceptual de los que eran las uniones extramatrimoniales, es decir, fuera de la solemnidad del matrimonio. Además de la familia matrimonial, que indudablemente se funda en el matrimonio, existen familias constituidas extramatrimonialmente; estas surgen de la unión entre un hombre y una mujer que se comportan ante los demás como esposos, sin que medie el vínculo formal. Las finalidades de las uniones matrimoniales y extramatrimoniales suelen ser las mismas: procreación de hijos, sustentación de estos, fidelidad mutua, obligación de socorro y ayuda, etc.

Lo que hoy consideramos como unión marital de hecho o unión libre, se llamaba anteriormente concubinato; tanto en los pueblos occidentales (romano, hebreo, griego, egipcio) como los asiáticos (indio, sirio, sumerio, asirio, etc.). Sin embargo, algunos de los pueblos en los que se les había dado tratamiento jurídico o sanción legal, tenían conceptos muy diferentes a los nuestros. Algunos consideraban normal la poligamia, por lo que se permitía a demás de la esposa, a las concubinas; en este caso se convertían en mujeres de segundo grado. Sin embargo, otros ordenamientos consideraban como requisito la monogamia, y la razón por la que diferenciaban a los casados de los concubinos era por las calidades legales del individuo. Cabe recordar que en algunos momentos históricos, no todos tenían la aptitud legal para contraer matrimonio – ejemplo ciudadanía o legitimidad- por lo que, se creaba un plano paralelo, mediante el que se podían formalizar, cumpliendo con los elementos esenciales del matrimonio, mismos que estudiaremos más adelante.

### **1.1.1 Egipto**

En el pueblo egipcio, aquellos hijos de las concubinas carecían de todo vínculo o relación legal con el padre, solamente gozaban de la filiación por parte de su madre.

### **1.1.2 Hebreo**

En el lenguaje hebreo el término que le corresponde es “pliéges”. La concubina poseía cierta libertad, sin embargo, socialmente se encontraba igualada a las esclavas o siervas ya que su relación con el concubino era estrictamente sexual. Es más, dependía de la aceptación de la mujer legítima del varón para que la

concubina fuera entregada al marido; esta podía ser sometida a la esclavitud por aquella. En el segundo libro de Samuel, se hace mención de la convivencia del varón con el harem, no obstante, la situación de la concubina y su papel no es fácil definir, con respecto de la esposa oficial. Como ilustra el Segundo Libro de Samuel, capítulo 5 versículo 13: “Después vino de Hebrón, David tomó en Jerusalén otras concubinas y esposas, que le dieron más hijos e hijas” (Shokel, 2011, pág. 530).

Cabe aclarar que la poligamia era común en aquella época, tal es el caso de David y su hijo Salomón quien “tuvo setecientas esposas y trescientas concubinas” (Shokel, 2011, pág. 587), entre otros. De hecho, esta situación social estaba regulada, estableciendo distinción entre la esposa y la concubina.

### **1.1.3 Grecia**

La sociedad helénica aceptaba abiertamente el concubinato. Es más, nunca su esencia fue considerada como deshonrosa o perniciosa. Socialmente era un patrón común que adoptaba varias manifestaciones: sea entre un hombre y una esclava o la unión ilegítima entre un hombre y una mujer; respetando siempre que la concubina no viviera bajo el mismo techo de la mujer legítima. Los hijos de aquella unión gozaban de plena relación filial con su padre, incluso heredaban plenamente.

### **1.1.4 Roma**

En Roma entendían el concubinato como la unión de un hombre y una mujer en la cual no existe intención ni voluntad de ambas partes de ser marido y mujer. Se abordará con mayor detenimiento luego.

#### **1.1.5 India**

El pueblo indio era regido por el Código de Manú (200 a.C.). Esta sociedad concebía que los reyes pudieran tener relaciones más o menos estables a parte de su esposa legítima; aquellas eran “distracciones”.

#### **1.1.6 China**

El concubinato era aceptado, aunque se establecía una tajante distinción entre mujer legítima e ilegítima. Las concubinas eran consideradas como mujeres en segundo término o mujeres pequeñas.

#### **1.1.7 Sumaria**

El pueblo sumerio era regido por el Código Hammurabi, uno de los textos legales más antiguo que se conoce. En esta sociedad la descendencia era sumamente importante, por lo que se les permitía a los varones casados con sacerdotisas la oportunidad de procrear con una esclava. Aunque esta situación no era repudiada en ningún momento, nunca la concubinaría tendría el rango de la esposa legítima, sin embargo, existía la posibilidad de convalidar esta unión con el matrimonio mediante un acto solemne en que el varón cubría con su capa a la concubina y decía una fórmula frente a testigos, con el fin de elevarla al rango de esposa.



## 1.2 TRATAMIENTO JURÍDICO A LAS UNIONES EXTRAMATRIMONIALES EN LA ANTIGÜEDAD

### 1.2.1 Roma

El concubinato nace en Roma como una necesidad de sancionar legalmente las uniones de hecho que no podían configurarse como matrimonio formal, debido a los impedimentos legales que emanaban de la diferenciación entre clases sociales. Aunque el intento por regular estas situaciones, que no tenían el carácter peyorativo que tiene hoy (sembrado por Constantino y gestado en el vientre del cristianismo), le daba una similitud con el matrimonio, hasta el punto de convertirse en una forma de este. Sus efectos jurídicos eran malos, aunque al leer sus requisitos tiende a confundirse con el matrimonio. Cumplir con estos era necesario para evitar la comisión del *estuprum* (delito que consiste en mantener relaciones extramatrimoniales con mujer soltera o viuda honrada).

Se configuró pues como un matrimonio de rango inferior; su sanción inició en la época del emperador Augusto (27 a.C.-14 d.C.) al promulgarse las leyes *Lex Julia Adulteriis* y *Papia Poppeae* (9 d.C.).

#### 1.2.1.1 Requisitos del concubinato

Como apunta María Dolores Parra Martín, los requisitos para el concubinato eran los siguientes (Martín, 2005, pág. 243):

1. Estaba prohibido para quienes habían contraído *justae nuptiae* previamente con terceros.
2. No podía ser entre los que se encontraban en prohibición por razón de parentesco o afinidad.
3. Debía existir pleno consentimiento, tanto del varón como de la mujer.
4. Sólo podía darse entre personas púberes.
5. Sólo se podía tener una concubina.
6. No podía tener como concubina a la que fue de su padre.

#### **1.2.1.2 Tratamiento jurídico al concubinato**

Al inicio, antes de la República, se visualizó como una relación de hecho, simple, de la que la ley no se encargó. Hasta en el tiempo de Augusto se le atribuyó el rango de *concubinatus*, por supuesto, inferior al matrimonio.

En el derecho romano antiguo, a la unión de mero hecho entre hombre y mujer, se le llamaba *amancebamiento*; luego, en la época del bajo imperio se reconoció al *concubinatus*, que era un tipo de matrimonio regular pero con un rango mucho inferior. Vemos, pues, como el concubinato también deviene lentamente y es hasta en la época de Augusto que se erige como una especie de matrimonio. De hecho, no era solamente una unión lícita, sino que, se reviste de una esencia semejante al matrimonio por detentar requisitos similares.

La génesis del concubinato se da en los matrimonios de clase social desiguales. Su constitución se daba básicamente en la desigualdad de los contrayentes, por ejemplo, un ciudadano romano que tomaba como esposa a una liberta o a una mujer de condición inferior; o entre dos púberes célibes, sin impedimentos. Para

estas uniones no existían formalidades y podían ser disueltas por voluntad de los concubinos.

Para distinguir al concubinato de las uniones pasajeras, Constantino les dio a los hijos nacidos de aquél el nombre de *liberi naturales*. A los hijos de estas se les llamaban bastardos, es decir, los hijos concubinarios estaban en un rango intermedio, teniendo la posibilidad de ser legitimados mediante matrimonio posterior de sus padres.

A pesar de incrustarse el concubinato en la legislación de Justiniano, gracias a la Ley Julia Adulteriis y Papia Popea, León VI, suprimió los derechos de la concubina, por considerar esta unión contraria al espíritu cristiano.

### **1.2.1.3 Efectos jurídicos del concubinato**

Los hijos nacidos de relaciones concubinarias, no gozaban de la filiación con su padre, por lo que asumían la condición y nombre de la madre. Puesto que no se reconocía el lazo entre el padre y los hijos, no podían aquellos ejercer la patria potestad sobre estos. Poco a poco esta concepción fue deviniendo en más permisible, al punto de atribuirle a los hijos, aunque limitadísimos, efectos alimentarios y sucesorios.

Eventualmente, el derecho Justiniano sembró la concepción de esta relación con mujeres de distinto rango social o condición, ingenuos (quienes nunca habían sido esclavos) y libertas (quienes habían sido liberadas por sus amos), sin que medie interés de contraer matrimonio. Esta legislación, eliminó los impedimentos sociales para contraer matrimonio, entonces el concubinato se generalizó como cohabitación, en la cual no existía *affectio maritali*, entre hombre y mujer. A razón de la permisibilidad de casarse entre clases sociales, también los hijos

concubinarios ganaron el derecho de ser legitimados por el padre, incluso a recibir alimentos, también algunos derechos sucesorios.

#### 1.2.1.4 Diferencia del concubinato con otras figuras

En aquella época, debido a la clasificación social, existían diversas figuras como el matrimonio y *justae nuptiae*. Las diferencias son significativas (Rosario, 2000, págs. 2-3), parafraseando:

Con la primera, el primer criterio diferencial era la *affectio maritalis*. En el concubinato se exigía cierta fidelidad y permanencia, sin embargo faltaba el *honor matrimonii*.

En cuanto al segundo, el criterio diferencial entre el concubinato y el *justae nuptiae* radica en lo siguiente:

1. No había dote.
2. No había donación *propter nuptiae*.
3. La mujer no llevaba el título de *uxor*, ni ocupaba el nivel social del marido.
4. No se podía llamar a la mujer *materfamilias*.
5. A la mujer se le consideraba casada pues le faltaba el *honor matrimonii*.
6. Los hijos tenían relaciones cognaticias con la madre, podían ser llamados *liberi naturales, spurri o vulgo conceptio*.

#### 1.2.2 España

En el derecho español de la antigüedad se distinguían varias figuras: el matrimonio, el matrimonio a yuras (solamente juramentado y oculto) y la barraganía.

Cabanellas (Cabanellas, 1979) citado por Manuel Monroy (Monroy Ley, 2007) dice que el término barragana proviene de la voz árabe *barra* que significa fuera, y de la castellana *gana*; de ganancia fuera del matrimonio. Era una situación de hecho, no de derecho formal o escrito, pues no se requería para su constitución la presencia de ningún funcionario, ni inscribirlo en algún registro. La diferencia entre esta institución y el concubinato romano inicial es que la barragana podía contraer matrimonio posteriormente.

#### **1.2.2.1 Las Siete Partidas**

En estas leyes, se sustituye al concubinato por la barraganía (Rosario, 2000, págs. 3-4), pero en su esencia no había mayor distinción. Los amancebados debían cumplir con requisitos similares: convivencia, cohabitación y carecer de impedimentos para contraer matrimonio.

El hombre que quería recibir en calidad de barragana a una mujer socialmente honrada, debía presentarse ante un *homos bonos* y explicarle que la recibía como barragana; de lo contrario se presumía que era su mujer legítima. Los requisitos que impedían la barraganía en virtud de parentesco en cuando a filiación procuraban evitar el incesto.

En similitud con los gobernadores romanos, los adelantados de tierras, no podían tener mujer legítima de esos territorios, de ahí surge la necesidad de regular las uniones barraganas. Esta sanción, establece la distinción con las relaciones adulterinas, dándoles a los hijos un estatus intermedio.

En estas leyes (siglo XIII d.C.) también se admitió la validez de los matrimonios que se celebraban sin cumplir ciertos requisitos, pues no se hacían en presencia del párroco ni de testigos. El concilio de Trento convalidó los que ya habían sido contraídos, pero a partir de esa fecha, todos aquellos que se contrajeran de esta manera serían declarados nulos.

Se puede considerar que la barraganía alcanza un cierto grado de tolerancia gracias a estas leyes. El fin que se perseguía al promulgarlas era evitar la expansión de la prostitución; convirtiéndose pues en un mal menor. Era una situación de hecho, que no requería de formalidad escrita

#### 1.2.2.1.1 Requisitos para el reconocimiento de la relación

1. Sólo debe haber una concubina o concubino.
2. No pueden ser casados anteriormente ni pertenecer a orden religiosa.
  1. Permanente y estable.
  2. Ostentar el estatus de casados, es decir, tratarse como marido y mujer y ser reconocidos socialmente como tales.

#### 1.2.2.1.2 Efectos de la barraganía

1. Los hijos de estas uniones fueron considerados como naturales, los cuales también podían ser legitimados.
2. Ciertos derechos sucesorios cuando no existían herederos legítimos.

#### 1.2.2.2 *Las Leyes de Toro*

Una gran diferencia de estas leyes (Rosario, 2000, págs. 4-5) con respecto del derecho romano y las siete partidas radica en que el beneficio de la naturalidad de los hijos se ampliaba a todos aquellos que tuvieran padres que se pudieran casar sin dispensa alguna. Esto abrió la puerta a los hijos de diferentes mujeres con el mismo varón, incluso si vivían fuera de la casa del padre. Es decir, la naturalidad de los hijos iba más allá de la cohabitación y la monogamia; incluso que la aptitud legal de los progenitores al momento de la concepción y nacimiento.

### 1.2.3 Derecho Canónico

En el derecho canónico (Rosario, 2000, pág. 5), el concepto de concubinato es mucho más restringido que en el derecho civil; esto se debe al matiz delictivo que tiene para aquél. Supone la existencia de algunos elementos, tales como la notoriedad pública de relaciones sexuales continuas o por lo menos frecuentes entre un hombre y una mujer, de manera ilegal. Valga la aclaración, que en la norma canónica se tipificaba como delito.

Desde la Iglesia primitiva, san Agustín obispo de Hipona, admitía en bautizo a la concubina que declaraba que no conocería más hombre que aquel con el cual había vivido; se percibe que uno de los criterios para definir el concubinato es la monogamia o fidelidad. Asimismo, el Concilio de Orleáns (528 d.C.) asimiló al concubinato con el matrimonio, los elementos esenciales eran la indisolubilidad y unidad.

Avanzando en la historia, durante la edad media, el derecho canónico estableció medidas contra aquellos clérigos que vivían en situaciones concubinarias. Aquellos hijos nacidos de estas relaciones eran, en principio, admitidos en la sucesión de su madre y padre. Fue en el Concilio de Basilea en el que se organizaron las medidas eficientes aplicables a las relaciones concubinarias de los clérigos y contra los laicos. En el siguiente paso, se condenó tajantemente al

concubinato y durante el concilio de Trento (1536 d.C.), las medidas de represión se hicieron más efectivas (todo laico que tuviera concubina, casado o no, debía enmendarse so pena de excomunión, era amonestado tres veces por el obispo).

La introducción del espíritu cristiano en occidente tuvo un doble impacto, por un lado, al reconocer que todos somos Hijos de Dios y que no deberían existir las discriminaciones, se elimina la barrera formal para que quienes fueron excluidos de la posibilidad de contraer matrimonio pronto formalizaran su situación. Por otro lado, al no haber razón formal impidiendo que una pareja contrajera matrimonio, se trata de ilícita la relación entre aquellos que deciden no formalizarse. Debido a este pensamiento, el legislador, haciendo caso al carácter político y educador de la ley, establece una serie de beneficios para los cónyuges y sus descendientes nacidos en matrimonio y sanciona desventajas para las parejas no casadas y sus descendientes, todo con el fin de persuadir a las parejas a formalizarse. Vemos pues, como en diversos momentos históricos las uniones de hecho han tenido diversos tratamientos en las sociedades.

Al escudriñar los albores del derecho y la regulación que se le daba a la materia de familia, constatamos que en algunas sociedades era permitido que los varones tuvieran relaciones extramatrimoniales simultaneas al matrimonio, tal es el caso de los hebreos, sumarios, chinos, griegos, etc. No obstante, esta realidad acontecía en las sociedades donde la poligamia era algo aceptable, natural, incluso necesario.

En donde el concepto cultural de convivencia monogámica regía, la norma contemplaba las uniones extramatrimoniales, no obstante, su tratamiento difería al del matrimonio. A diferencia de las otras sociedades, en estas, debido a la rigurosísima estratificación, se imposibilitaba que ciertos varones pudieran contraer matrimonio con ciertas mujeres debido a sus calidades legales. Debido a esto, el Derecho establece un marco jurídico para legalizar estas relaciones. Vemos pues, como algunas relaciones extramatrimoniales vienen a llenar los



óbices dejados por los conceptos, paradigmas e impedimentos sociales. Es decir, estas uniones concubinarias o barraganas, eran el “matrimonio” para aquellos que querían formalizarse pero que no calzaban en el concepto del mismo.

Como vimos, con la estrada del cristianismo, y gracias a su pugna por romper con las barreras sociales, los impedimentos para contraer matrimonio debido a sus condiciones sociales menguaban. Por lo tanto, consideramos que las personas ya no tenían que recurrir a los matrimonios en segundo grado, como lo eran el concubinato y la barraganía. Por lo tanto, si bien es cierto, hay quienes miran a las relaciones extramatrimoniales con malos ojos, su reconocimiento legal fue una solución práctica para afianzar las uniones sexuales, fundadas en el mutuo consentimiento y con sentido de indisolubilidad, de las cuales nacían familias.

### **1.3 ANOTACIONES SOBRE LA TERMINOLOGÍA Y/O DENOMINACIÓN**

La situación fáctica caracterizada por la convivencia de un hombre y una mujer que sin estar formalmente casados hacen vida en común, como si lo estuvieran no es para nada novedoso, lo novedoso –y ni siquiera tanto- es que esta situación fáctica de la cual el Derecho había sabido y optaba por ignorar hasta ahora; se le pueda dispensar un tratamiento legal parecido al matrimonio civil.

La novedad acá radica en el concepto, mismo que se forma en dependencia del país: sus costumbres y tradiciones; la percepción del legislador ante este hecho social, y por supuesto, del autor, al que se haga referencia.

En Latinoamérica, como en otras partes del mundo, las uniones de hecho han sido históricamente una realidad meramente social que convive a la par del matrimonio. Se sustrae de cualquier régimen jurídico, sin embargo, por las eventuales injusticias que se producen una vez que las mismas se ven frustradas, ha nacido

una necesidad de protección por parte del Derecho hacia esta situación fáctica. Actualmente la tendencia a seguir, puesto que las uniones de hecho son una realidad social y no una creación del Derecho, es el reconocimiento legal de las mismas.

Quizás la naturaleza fáctica de las uniones de hecho, sea precisamente una de las principales causas de la plurivocidad con respecto al tema: existen aserciones tales como unión libre, familia ilegítima, familia natural, matrimonio de hecho, unión marital de hecho, unión extra matrimonial, matrimonio informal, matrimonio aparente, unión para matrimonial.

Aquellos ordenamientos que han decidido dar a este fenómeno un reconocimiento legal cargan a la sazón con todos los preconceptos que ya están arraigados en la población. Por lo que la naturaleza misma de las uniones de hecho encarga la tarea al legislador de encausar dentro de las normas jurídicas una realidad tan antigua, casi, como la humanidad misma.

Para aquellas denominaciones que intentan teñirlas de apariencia matrimonial, debemos de expresar que consideramos esto inapropiado, pues no se debe tratar de nominar a las uniones de hecho con aserciones que deriven de la palabra matrimonio, ya que las uniones de hecho en su esencia culmen, falta de formalidad y solemnidades, dista diametralmente opuesto con el matrimonio.

Además, se trata de darle a las uniones de hecho un reconocimiento propio acorde a las características y contexto en el cual se han venido desarrollando, con el fin de evitar injusticias y proteger al sujeto cuyos derechos son más vulnerables. Como expresa Delia B. Iñigo “no se trata de contraponerlas al matrimonio sino de otorgarles un status específico” (1998) (Rivera Madriz M. L., 2010, pág. 36)

De vital importancia, es hacer hincapié en que es justo la falta de formalidades la que caracteriza a estas uniones, y justamente esto debe tenerse en cuenta en el momento de darle un nombre con el cual se van reconocer socialmente.

Ahora bien, en el momento de nominar a las uniones de hecho el término concubinato toma mucho protagonismo. Como ya dijimos, en el Derecho Romano, el este era una unión singular entre un hombre y una mujer, unión lícita y moral. Esta era una situación bastante parecida a lo que sucede hoy en día con el matrimonio y la unión de hecho. En la actualidad, en algunas sociedades le han venido cargando al término un carácter peyorativo, mientras otras, como la mexicana han preferido el vocablo para nominar la situación de aquellos que viven a la manera de marido y mujer sin tener una relación formalizada.

La confusión en cuanto al tema del concubinato, surge, porque mientras unos hacen uso y entienden el mismo en su sentido restringido: la unión de un hombre y una mujer que sin estar casados hacen vida como tales pero que tienen la capacidad potencial para poder casarse, otros lo usan y lo entienden en su sentido estricto; una relación entre un hombre y una mujer teñida de cierta inmoralidad.

Por otro lado, hacer uso del término unión de hecho para el reconocimiento de la figura dentro de un régimen legal nos parece que es naturalizar la esencia de esta, pues al ser reconocida por el Derecho deja ya de ser una mera situación de hecho.

Para el caso que nos ocupa, y siendo nuestro objeto de estudio la normativa que propone el dictamen de Código de Familia del 31 de marzo de 2011, nos referiremos a las relaciones entre convivientes casi en todo momento como unión de hecho estable. No obstante, es oportuno hacer hincapié en que, si bien en un principio existían diferencias marcadas entre el concubinato y las uniones extramatrimoniales, con los años las mismas han venido desapareciendo o la línea

diferenciadora se ha vuelto tan tenue que ya casi es inexistente. Por todo lo anterior, es que ambas denominaciones, en cuanto a la realidad moderna de estas uniones, podrían perfectamente usarse como sinónimos; aclarando que se debe dejar de lado el peso de los prejuicios con que han sido cargados históricamente.

Consideramos, que si bien los estudiosos de la materia afirman que la denominación mas acertada y menos viciada, es hasta el momento “unión de hecho” (Rivera Madriz M. L., 2010, pág. 37), es conveniente criticar que una vez que se reconoce legalmente la misma, dicha aseveración pierde sentido pues la unión deja de ser un simple hecho para convertirse en un acto reconocido por el derecho del cual surgen obligaciones y garantías. Por lo anterior, es que creemos que una vez que estas relaciones pasan a ser reconocidas judicialmente, el legislador debería prever para ellas una aseveración más concorde con la figura, si esta fuera a continuar existiendo luego del reconocimiento.

## **1.4 CONCEPTOS SOBRE LA UNIÓN DE HECHO ESTABLE**

### **1.4.1 Conceptos sociológicos**

En este sentido, se trata de la vida que el hombre y la mujer hacen como si fueran cónyuges sin estar casados; de la cohabitación o acto carnal realizado por un hombre y una mujer cuya significación propia y concreta no se limita sólo a la unión carnal no legalizada, sino también a la realización continua y de larga duración existente entre un hombre y una mujer sin estar regida por el matrimonio (Salazar & Edmundo , 1994).

### **1.4.2 Conceptos doctrinarios**

Según la doctora Auxiliadora Meza (Meza Gutiérrez, 2009, pág. 169):

La unión de hecho es la comunidad de vida estable y duradera, con un lugar para el domicilio doméstico, en donde de común acuerdo, expreso o tácito, tenga asiento permanente la relación fáctica con el animus de hacer y compartir la vida, marital y espiritualmente de forma estable y duradera.

Asimismo nos explica la doctora Xiomara Rivera (Rivera Zamora, s.f.):

Unión de Hecho es la situación de hecho en que se encuentra un hombre y una mujer que hacen vida marital sin estar casados. Suele dársele diferentes denominaciones: convivencia *more uxorio*, pareja de hecho, unión libre, algunas peyorativas; matrimonio de hecho, concubinato, pareja no casada, unión extramatrimonial, convivencia adulterina, convivencia fuera del matrimonio. Y de más reciente acuñación; uniones no matrimoniales y parejas estables. Esta última por concebir dentro del concepto a las parejas tanto las heterosexuales como homosexuales.

La unión de hecho es aquella situación fáctica en la cual se encuentran conviviendo, a la manera de los casados, un hombre y una mujer de manera permanente, estable y pública sin estar formalmente casados. Como expresa Iñigo, los convivientes están “ligados por una relación sentimental” y deben ser hábiles para contraer matrimonio entre sí. Es así, que por los caracteres propios de la figura, o sea, la estabilidad, permanencia y publicidad, quedan excluidas de este concepto aquellas uniones transitorias de corta duración y las relaciones sexuales estables carentes de cohabitación (Belluscio, 1988).

De igual manera, son notas características del concepto de unión de hecho la naturaleza heterosexual de la misma, la intención y compromiso de ayuda mutua por parte de los convivientes a fin de crear una comunidad de vida permanente y singular. Se trata de una situación en que dos personas viven juntas en intimidad que conviven *tori, mensae et habitationis*, parafraseando la expresión de *Codex Iurex Canonici* de 1917.

La unión de hecho no es más que la convivencia formal, pública y estable que mantiene un hombre y una mujer sin que medie para la existencia de la misma formalismo alguno.

Concluyendo, hemos de volver a la idea que así como se han dado infinidad de aserciones en torno al termino unión de hecho, producto de las visiones que tiene cada autor o cada legislador en su momento, se han dado también diversidad de conceptos al respecto, siendo por lo tanto, necesario acoger un concepto unificado, que según nuestro punto de vista sea el más acorde con la realidad que se pretende regular. Luego nos dedicaremos a estudiar el concepto que ha escogido el legislador nicaragüense a fin de dar una plataforma legal a lo que hasta ahora había sido, a pesar del reconocimiento constitucional, una situación real sin infraestructura jurídica.

## **1.5 CARACTERÍSTICAS DE LA UNIÓN DE HECHO ESTABLE**

Ahora bien, sin importar la denominación ni el concepto que escojamos adoptar, es vital que se cumpla con una serie de características que van a diferenciar a la unión de hecho de cualquier otro tipo de relaciones de pareja, con la cual pudiera guardar ciertas semejanzas. Las mismas son descritas a continuación

### **1.5.1 Diferencia de sexos**

Al respecto, parte de la doctrina, Martínez Calcerrada y Gómez Piedrahita, por citar algunos, opinan que la necesidad de la heterosexualidad de estas uniones radica en que una de las principales funciones de la familia es la perpetuidad de la especie. Por lo que, separar el aspecto biológico de la familia y las características de las uniones de hecho, es desnaturalizar el concepto mismo de familia.

Gómez Piedrahita (1992, pág. 1), recalca que “para considerarse una unión como de hecho debe descansar en la convivencia de un hombre y una mujer, al igual que el matrimonio.”

Por otro parte, siendo que el contenido básico de las uniones de hecho es que la pareja comparta su techo y trabaje en beneficio de ambos, consideramos que es aplicable las soluciones creadas para las uniones heterosexuales, a aquellas en donde se comprometen personas de distinto sexo.

La diferencia de sexos como una característica de este tipo de unión, obedece, fundamentalmente, al carácter moralista de la conciencia social mayoritaria en Latinoamérica de la necesaria heterosexualidad de una pareja a fin que la misma pueda crear una familia. Sin embargo, nos es oportuno mencionar que, si bien el momento y la realidad nacional no nos permita reconocer legalmente las uniones homosexuales, debemos analizar a conciencia que es a estas mismas a quienes importa más el reconocimiento de las uniones no matrimoniales; puesto son quienes tienen vedado hacer uso del matrimonio y legalizar de esta manera el amor y compromiso que ya se hicieron personalmente.

Si bien las uniones de hecho estable son una realidad irremediable, y un gran número de familias han sido formadas en esta realidad fáctica, también es cierto que para estas situaciones ya el derecho ha creado una solución jurídica llamada matrimonio. Recordemos que la familia, como núcleo, existe mucho antes que el Derecho. Si bien existe una disciplina científico legal que se encarga de regular las relaciones jurídicas de esta, no debemos obviar que la familia ha sido, es y seguirá siendo una realidad social. Realidad que el Derecho deberá regular como una unidad viva. Se hace necesario subrayar que el concepto de familia de hoy, al menos el que el Derecho nos ofrece, ha evolucionado y continúa evolucionando.

La familia hoy, es la comunidad en la cual conviven personas que tienen parentesco sanguíneo o que han decidido vivir juntos con el fin de ayudar y ser

ayudados para poder lograr un desarrollo humano integral; la familia es la fuente básica de valores, los cuales ayudan a establecer un vínculo de amor, respeto, autoridad y obediencia que demuestran las bases de esta institución.

El derecho y la manera en la cual éste pretenda regular a la familia deben apuntar a la repetición de los beneficios que ha dejado la práctica, el reconocimiento de la familia como la unidad que por excelencia satisface las necesidades humanas para el desarrollo pleno de los integrantes de la misma.

### **1.5.2 Capacidad y aptitud legal**

Siendo que la unión de hecho es aquella que se desarrolla paralela al matrimonio, pero sin las formalidades del mismo, es necesario que los convivientes cumplan los mismos requisitos. Estando la unión de hecho estable destinada eventualmente a producir los mismos efectos de un matrimonio, cobra sentido entonces, que el contenido y los requisitos de ambos sean los mismos (salvo la formalización).

El principal requisito es la voluntad (acuerdo de voluntades) de los convivientes, además existen, requisitos de fondo y forma. Los requisitos de fondo, pueden ser positivos y negativos. Los primeros son todas aquellas cualidades legales que los convivientes, al igual que los pretendientes, deben reunir para contraer matrimonio. Los negativos, por su parte, son aquellos impedimentos enunciados por la ley para contraer matrimonio. En cuanto a los requisitos de forma, es precisamente la ausencia de estos lo que diferencia a la unión de hecho estable del matrimonio (Meza Gutiérrez, 2009).

En la unión de hecho, igual que en el matrimonio, la motivación principal de parte de los compañeros debe ser el amor libre, sincero y espontáneo. Sólo la libre determinación de entregarse el uno al otro para hacer pareja, aunado con el compromiso mutuo, permiten la existencia de este tipo de convivencias. Sin



embargo, los efectos legales en lo referente a derechos personales entre los miembros de la pareja, se dan únicamente cuando los mismos han acreditado esta convivencia bajo el régimen matrimonial.

La ley lo único que hace, es proteger el derecho natural de formar pareja, siempre y cuando este sea un acto voluntario del individuo. Asimismo, la Ley protege los derechos de terceros que pudiesen verse afectados por esa unión. Los convivientes, entonces, deben tener capacidad física, mental y jurídica que les permita realizar un acto libre y responsable.

A diferencia con el Matrimonio, el acto voluntario, no se manifiesta de forma expresa ante una autoridad, sino que es a través de los hechos y a través del comportamiento de los convivientes. Dicho proceder conductual nos lleva a suponer que entre ellos existe la intención de hacer vida en común. Intención que será válidamente manifiesta en la medida en que las personas que así lo expresen sean capaces (Rivera Madriz M. L., 2010).

La exigencia de los mismos requisitos del matrimonio para la unión de hecho, hace posible la conversión o convalidación, mediante el cumplimiento de ciertas formalidades ya previstas, de ésta al régimen matrimonial. Todo lo anterior es de vital importancia en cuanto se pretende obtener derechos patrimoniales, entre otros. Por lo tanto, si una persona aspira hacer valer los derechos patrimoniales derivados de una unión de hecho, debe ser capaz de contraer matrimonio con su pareja.

### **1.5.3 Permanencia y Estabilidad**

Radica en la decisión de una pareja, hombre y mujer, de vivir juntos para constituir una familia estable. Justamente, la estabilidad en el tiempo y la aparente situación conyugal es lo que separa a la unión de hecho de cualquier otro tipo de relaciones efímeras o carentes de permanencia, o bien de publicidad. Es mercedamente este comportamiento repetido en el tiempo de actuar privada y públicamente como

esposos manteniendo esta situación de forma estable lo que expresa el sentir de los convivientes de hacer una vida en común, es esta la manera en la cual ellos expresan su voluntad de crear una familia, de hacer una vida en común.

Siendo difícil establecer un parámetro para justipreciar la permanencia y estabilidad, debemos conformarnos con que la relación perdure en el tiempo. El fin de requerir la duración es excluir las relaciones efímeras o circunstanciales. Es importante anotar que la subsistencia determinada de una relación no necesariamente la convierte en una situación estable; aunque la duración nos hace presumir la estabilidad de la misma.

No es unión de hecho aquella convivencia esporádica. Es necesario la existencia de un domicilio domestico común en el cual se asienten permanentemente los convivientes para hacer una vida en común, tal cual si estuvieran casados.

Una pareja unida de hecho, con cierta permanencia origina cuestiones que los jueces deben resolver para evitar perjuicios o una situación injusta para alguna de las partes (Bermúdez Zarifeth, 1995). La permanencia y la estabilidad es el elemento que diferencia a las uniones de hecho estable de cualquier otro tipo de relaciones, en este sentido se entiende la permanencia como una manifestación tacita de la intención de crear una familia.

#### 1.5.4 Notoriedad (Reconocimiento Social/ Publicidad)

Inicialmente, el carácter de publicidad de la unión de hecho, exigía, según Hernán Corral Talciani (1990), citado por Martha Lucía Rivera Madriz (2010):

El cumplimiento de tres requisitos: **el tractatus, el nomen y la fama**. El **tractus**, no era más que el hecho que los convivientes se trataran como marido y mujer, el **nomen** era la adopción por parte de la mujer del nombre del marido y la **fama**, hacia referencia a que los convivientes fueran conocidos como pareja conyugal. En la actualidad, se sostiene que para se observe el requisito de publicidad, es suficiente con que se de el tractatus y la fama, inclusive, sólo el tractatus.

La publicidad, característica fundamental de la unión de hecho, implica la externalización de la convivencia. Esto quiere decir que la relación no debe ser clandestina ni misteriosa. Por el contrario, debe ser notoria y pública; los convivientes deben gozar del reconocimiento público como marido y mujer. En síntesis, no basta que los convivientes se vean así como marido y mujer, deben además tener el reconocimiento público de esposos.

Reforzando esta idea, (Bermúdez Zarifeth, 1995).

Los convivientes deben tratarse tanto privada como en la pública como pareja que son, de tal suerte que los miembros de la comunidad tengan el concepto fundado, razonable, de que constituyen una familia, desde el punto de vista social y jurídico, independientemente de la naturaleza intrínseca y específica del vínculo de derecho que los une.

### **1.5.5 Singularidad**

La unión de hecho debe ser monogámica, es decir, requiere para considerarse como tal la convivencia entre un hombre y una mujer. La mayoría de los estudiosos apunta a que la singularidad no se destruye por el hecho de que alguno de los convivientes mantenga una relación momentánea con alguien más. Al respecto, también encontramos la opinión de Juan Álvaro Vallejos y Julio Cesar Echeverri, “las personas en sus dimensiones de masculinidad o feminidad, solo pueden entregarse cuando son única y exclusivamente referidas a otra única y exclusiva persona” (Rivera Madriz M. L., 2010).

### **1.5.6 Convivencia**

Debe haber una decisión de convivencia, es decir, la conducta voluntaria del hombre y la mujer debe ser con la intención de vivir en común, bajo el mismo techo. Este es el elemento fundamental que da origen a la unión de hecho, sin cohabitación no hay vida en común de hecho.

### 1.5.7 Creación de una familia

La comunidad de vida presume permanencia, -no puede ser fugaz o esporádica- espontaneidad, que le permitan una singularidad dentro de la comunidad, la cual se encuentra supeditada a un plazo determinado por la ley.

Recordemos pues que:

La comunidad de vida, es el hecho a partir del cual se constituye una familia, la cual debe basarse en la solidaridad de los compañeros, por eso nunca podrá considerarse que la unión marital de hecho, se origina en el simple acto sexual, pasajero o esporádico, sino en la estabilidad que conlleva la unión familiar (Rivera Madriz M. L., 2010).

Los convivientes deben estar dispuestos a llevar una vida en común. Debe existir en ambos el compromiso de auxiliarse mutuamente, de llevar juntos los problemas de la pareja, los gastos del hogar, las responsabilidades para los hijos, de perpetuar la especie. Es necesario que exista el compromiso de formar una unidad (familia) para toda la vida.

### 1.5.8 Ausencia de formalidades

Como ya hemos mencionado, la diferencia imprescindible entre el matrimonio y la unión de hecho es la falta total de un vínculo jurídico mediante el cual estén sometidos entre sí los individuos que conviven en este tipo de uniones. Sin bien existe un compromiso entre los convivientes de amarse y hacer una vida en común y la creación de una familia, el mismo no goza de formalidad alguna que lo respalde. Es un compromiso meramente moral que han adquirido entre sí los convivientes:

El matrimonio consensual requiere para ser tal, el consentimiento que se expresen entre sí los contrayentes: es decir se origina en un acto, en que las partes se comunican entre sí que desean tomarse por marido y mujer. Ello no aparece en el concubinato, que sólo es una situación que se da en los hechos, pues se origina en la convivencia y se mantiene mientras esta subsiste (Bossert y Zannoni, 1990, pág. 346-347).

## 2 Capítulo II. Legislación nicaragüense antes del Dictamen de Código de Familia del 31 de marzo del 2011

### 2.1 ANTECEDENTES JURÍDICOS EN LA LEGISLACIÓN NICARAGÜENSE

#### 2.1.1 Código Civil de 1867

El primer Código Civil de la República de Nicaragua fue promulgado en 1866 y entró en vigencia el 25 de febrero de 1867. En este cuerpo legal, que es copia casi íntegra del Código Civil de Argentina, podemos encontrar algunos aspectos importantes para darnos ideas de las concepciones que en la época tenía la sociedad respecto las uniones de hecho. Vale la pena hacer hincapié en que, el articulado expuesto a continuación fue transcrito del documento original que se encuentra en la biblioteca de la Corte Suprema de Justicia, por lo que, la ortografía y gramática del español antiguo fueron conservados.

En primer plano se observa la clasificación entre las calidades de las personas, que se dividen en legítimas e ilegítimas, asimismo la fuerza del vínculo que las relacionaba con sus demás parientes (Código Civil de Nicaragua, 1867):

**Art 28:** Parentesco legítimo de consanguinidad, es aquel en que todas las generaciones de que resulta, han sido autorizadas por la ley...**Art 29:** Consanguinidad ilegítima, es aquella en que una o más de las generaciones de que resulta, no han sido autorizadas por la ley...**Art 31:** Afinidad legítima, es la que existe entre una persona que está ó(sic) ha estado casada, y los consanguíneos legítimos de su marido ó mujer.

Esta clasificación entre legítimos e ilegítimos muestra claramente que para la sociedad de la época, el matrimonio era la base fundamental de la familia. Tal es el caso que, aun cuando hubiese una familia constituida, hasta que se formalizaba el matrimonio se consideraba que la familia estaba dentro del marco de la ley (Código Civil de Nicaragua, 1867):

**Art 36:** los hijos ilegítimos son ó(sic) naturales, ó de dañado ayuntamiento. Se llaman naturales en este Código los que han obtenido el reconocimiento de su padre ó madre, ó de ambos, otorgado por instrumento público. Se llaman de dañado ayuntamiento los adulterinos, incestuosos y sacrílegos.

Aunque penalmente no había sanción para los que decidían vivir fuera de la formalidad civil o sacramental, a través de diversos incentivos se procuraba que las personas basaran sus familias en el matrimonio, aunque fuera a posteriori (Código Civil de Nicaragua, 1867): “**Art 30:** La legitimidad conferida a los hijos por matrimonio posterior de los padres, produce los mismos efectos civiles que la legitimidad nativa...”

Uno de los efectos civiles que producía esta clasificación es lo relativo a la comparecencia en juicios, en la que se les da prelación a los legítimos sobre los naturales. Los parientes ilegítimos eran prácticamente inexistentes para efectos procesales (Código Civil de Nicaragua, 1867):

**Art 217:** Los legitimados por matrimonio posterior son iguales en todo á(sic) los legítimos concebidos en matrimonio. Pero el beneficio de la legitimación no se retrotrae á una fecha anterior al matrimonio que la produce. Asi el derecho de primogenitura de un hijo no se pierde por la legitimacion posterior de otro hijo, de cualquiera edad que éste sea.

En lo relativo al patrimonio afecta al derecho que le corresponde al primogénito (Código Civil de Nicaragua, 1867): “**Art 273:** los hijos nacidos fuera de matrimonio, no siendo de dañado ayuntamiento, podrán ser reconocidos por sus padres ó(sic) por uno de ellos, y tendrán la calidad legal de hijos naturales, respecto del padre ó madre que los haya reconocido.”

### 2.1.1.1 Alimentos

Los hijos habidos fuera de matrimonio podían ser reconocidos por ambos padres o uno de ellos, y mediante un instrumento público siguiendo ciertas formalidades, ser declarados hijos naturales (Código Civil de Nicaragua, 1867): “Art 280: Es obligado á(sic) cuidar personalmente de los hijos naturales el padre ó madre que los haya reconocido, en los mismos términos que lo sería el padre ó madre legítimos según el art. 225”. Las obligaciones alimentarias que se debían a los parientes legítimos también podían exigirse por parte de los parientes legítimos (Código Civil de Nicaragua, 1867): “Art 225: Incumbe á(sic) los padres, ó al padre ó madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos legítimos.”

En los casos en que el padre incumpliera su obligación alimentaria, aquella persona que satisficiera las necesidades congruas o necesarias según lo estipulado, podía exigir el crédito nacido con respecto de aquel por el hecho de suministrar lo necesario para la subsistencia a su descendiente (Código Civil de Nicaragua, 1867):

**Art 235:** Si el hijo menor de edad, ausente de la casa paterna, se halla en urgente(sic) necesidad, en que no puede ser asistido por el padre, se presumirá la autorización de éste para las suministros que se le hagan, por cualquier persona, en razón de alimentos, habida consideración a la fortuna y rango social del padre. Pero si ese hijo fuere de mala conducta, o si hubiere motivo de creer que anda ausente sin consentimiento del padre, no valdrán contra éste las suministros, sino en cuanto fueren absolutamente necesarias para la física subsistencia personal del hijo. El que haga las suministros deberá dar noticia de ellas al padre lo mas pronto que fuere posible.- Toda omision voluntaria en este punto hará cesar la responsabilidad del padre.

Los descendientes ilegítimos podían pedir a sus padres, o a cual fuera el caso, le reconociera y así poder exigir ser alimentado por este (Código Civil de Nicaragua, 1867): “**Art. 283:** El hijo ilegítimo que no ha sido reconocido voluntariamente con las formalidades legales, no podrá pedir que su padre ó(sic) madre le reconozca, sino con el solo objeto de exigir alimentos.” Sin embargo, aquellos que tuvieran

algún perjuicio por el reconocimiento, o tuvieran algún interés en impugnar, podía hacerlo siguiendo los mecanismos establecidos. Uno de estos era la demostración en juicio por medio de condena ejecutoriada que aquellos fueron concebidos en dañado ayuntamiento. Por lo tanto, a estos niños(a) se les podía privar la posibilidad de exigir alimentos (Código Civil de Nicaragua, 1867):

**Art 278:** El reconocimiento podrá ser impugnado por toda persona que pruebe interés actual en ello. En la impugnación deberá probarse alguna de las causas siguientes:...4° Haber sido concebido en dañado ayuntamiento, calificado de tal por sentencia ejecutoriada en los términos del art. 965. **Art 285:** ...será obligado á(sic) suministrar alimentos; pero solo en cuanto fuere necesario para su precisa subsistencia.

Los hijos habidos en unión de hecho y que no fueron reconocidos naturales por su padre, no podrían ser legitimados en caso que la mujer contrajere matrimonio con otro varón. A demás, para ellos se cerraría la puerta para exigir alimentos a su madre por cuanto los bienes de ella pasarían a la administración de su marido; en este caso, estos hijos quedarían virtualmente en total desamparo (Código Civil de Nicaragua, 1867): “**Art 289:** El hijo ilegítimo tendrá derecho á(sic) que su madre le asista con los alimentos necesarios, si no pudiere obtenerlos del padre. No podrá intentarse esta acción contra ninguna mujer casada.”

El Código no establece la prelación en el orden en que se deben satisfacer las obligaciones alimentarias, sin embargo hace clara distinción en cuanto a la calidad de alimentos que se deben prestar, por supuesto, dando preferencia a los familiares legítimos que a los naturales, a quienes sólo se les deberá proporcionar lo necesario; la peor parte se la llevaban los ilegítimos (Código Civil de Nicaragua, 1867):

**Art 320:** Se deben alimentos:

1. Al cónyuje(sic);
2. A los descendiente legítimos;
3. A los ascendientes legítimos;
4. A los hijos naturales y á su posteridad legítima;



5. A los padres naturales;
6. A los hijos ilegítimos, según el título XIII de este libro;
7. A la madre ilegítima, según el artículo 292 inciso 2°;
8. A los hermanos legítimos;
9. Al que hizo una donación cuantiosa, si no hubiere sido rescindida ó revocada;
10. Al ex-religioso que por su excomunión no haya sido restituido en los bienes que en virtud de su muerte civil pasaron a otras manos.

**Art 322:** Los alimentos se dividen en cóngruos(sic) y necesarios. Cóngruos son los que habilitan al alimentado para subsistir modestamente, de un modo correspondiente á su posición social. Necesarios los que le dan lo que basta para sustentar la vida. Los alimentos sean cóngruos o necesarios, comprenden la obligación de proporcionar al alimentario menos de veinticinco años, la enseñanza primaria y la de alguna profesión ú oficio.

### ***2.1.1.2 Guarda, tutela, administración de bienes y patria potestad***

El Código se preocupó por establecer quién podía o debía ejercer la administración de los bienes o fungir como curador de aquellos que estaban impedidos de hacerlo, sea por edad, estado civil o cualquier otra razón contemplada en esta ley. Específicamente, cuando el padre legítimo moría, la madre era la encargada de ejercer la guarda tanto de los bienes como de la persona en sí del descendiente (Código Civil de Nicaragua, 1867): “**Art 339:** La tutela y curadurías generales se extienden, no solo á(sic) los bienes, sino á la persona de los individuos sometidos á ellas.” En el caso de quienes vivían en unión de hecho, observamos que estos derechos también se les conferían a ellos sobre sus hijos y bienes (Código Civil de Nicaragua, 1867): “**Art 358:** El padre ó(sic) la madre natural podrá ejercer los derechos concedidos por los artículos precedentes al padre legítimo.”

No podemos olvidar, que según el espíritu de este Código, la administración de los bienes de la mujer incluyendo su capacidad de endeudamiento y contratación, era asumida por el marido (Código Civil de Nicaragua, 1867):

**Art 133:** Corresponde al varón la potestad marital que es el conjunto de derechos que las leyes le conceden sobre la persona y bienes de la mujer. **Art 137:** Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges(sic), y toma el marido la administración de los de la mujer...

Por lo cual, todo acto que ella realizara y pudiera mermar el capital de la sociedad conyugal, debía contar con la autorización de él puesto que, al fin y al cabo, los acreedores podrían perseguir incluso los bienes personales de él (Código Civil de Nicaragua, 1867):

**Art 1751:** Toda deuda contraída por la mujer con mandato general ó(sic) especial ó con autorización expresa o tácita del marido, es, respecto de terceros, deuda del marido, y por consiguiente de la sociedad y el acreedor no podrá perseguir el pago de esta deuda sobre los bienes propios de la mujer...Los contratos celebrados por el marido y la mujer de consumo ó en que la mujer se obligue solidaria subsidiariamente con el marido, no valdrán contra los bienes propios de la mujer.

Por ello es que, en caso que la mujer quiera aportar a la deuda alimentaria hacia un hijo anterior al matrimonio, no atañe a la sociedad sino únicamente a sus bienes, a menos que el marido esté de acuerdo:

**Art 512:** Si la ascendiente legítima ó(sic) madre natural, tutora ó curadora, quisiera casarse, lo denunciará previamente al juez para que se nombre la persona que ha de sucederle en el cargo; y de no hacerlo así, ella y su marido quedarán solidariamente responsables de la administración, extendiéndose la responsabilidad del marido aun á los actos de la tutora ó curadora anteriores al matrimonio.

En el caso de las personas que vivían en unión de hecho, las reglas referentes a la sociedad conyugal no surtían efecto (Código Civil de Nicaragua, 1867): **Art 1718:** A falta de pacto escrito se entenderá, por el mero hecho del matrimonio, contraída la sociedad conyugal con arreglo a las disposiciones de éste título.” Para los varones y mujeres emancipados, la administración de los bienes les correspondía a ellos mismos en su carácter personal, o bien a un tutor o curador en caso de alguna imposibilidad. En caso que hubiese ciertos bienes de los que ninguno de los cónyuges quisiera ceder su administración, podía estipularse en las capitulaciones matrimoniales según lo prescrito en el Libro IV, Título XXII, Capítulo

1° (Código Civil de Nicaragua, 1867). A la luz de lo contemplado en el Código, era conveniente para los varones que vivían en unión de hecho formalizar su situación mediante el matrimonio, pues esto les permitiría administrar los bienes de sus mujeres también.

### **2.1.1.3 SUCESIÓN INTESTADA**

Cuando un difunto no dejó en vida disposiciones sobre sus bienes según las formalidades prescritas por la ley, la sucesión intestada se encarga de regular la repartición de los mismos. En estos casos se puede observar más o menos el sentir del legislador al momento de trazar porciones para cada uno de los herederos o legatarios. Si bien dicha sucesión no atiende al sexo o el orden de nacimiento, sí existe una clara diferenciación en lo relativo a la calidad de los hijos (Código Civil de Nicaragua, 1867): “**Art 982:** en la sucesión intestada no se atiende al sexo ni a la primogenitura.”.

El Código establece que pueden suceder tanto los parientes legítimos como naturales de los difuntos, excluyendo tajantemente a los ilegítimos; sin embargo, el orden de prelación marca una clara preferencia por los legítimos (Código Civil de Nicaragua, 1867): “**Art 988:** los hijos legítimos excluyen(sic) a todos los otros herederos; sin perjuicio de la porción conyugal que corresponda al marido o mujer conviviente.”. Al parecer es otra de las tácticas persuasivas para que las relaciones familiares se formalicen. Los hijos nacidos fuera de matrimonio alcanzarían parte de la herencia únicamente si no hay ningún descendiente legítimo del difunto; aún en este caso, la porción que les sería asignada es menor que la correspondiente a un descendiente legítimo. Aparentemente, lo que la legislación intentaba proteger era que la fortuna no saliera del seno familiar legítimo, pues hasta los ascendientes legítimos tenían prelación con respecto de los cónyuges y, por supuesto, de los descendientes naturales (Código Civil de Nicaragua, 1867):

**Art 989:** Si el difunto no ha dejado posteridad legítima, le sucederán sus ascendientes legítimos de grado más próximo, su cónyuge(sic) y sus hijos naturales. La herencia se dividirá en cinco partes, tres para los ascendientes legítimos, una para el cónyuge, y otra para los hijos naturales. No habiendo cónyuge sobreviviente; o no habiendo hijos naturales, se dividirá la herencia en cuatro partes; tres para los ascendientes legítimos, y otra para los hijos naturales o para el cónyuge. No habiendo cónyuge, ni hijos naturales, pertenecerá toda la herencia a los ascendientes legítimos. Habiendo un solo ascendiente en el grado más próximo, sucederá este en todos los bienes o en toda la porción hereditaria, de los ascendientes.

Es interesante destacar, que si en la línea consanguínea vertical no existen parientes legítimos, se tomarán en cuenta a los colaterales legítimos; aún estos, a quienes se toma en cuenta en última instancia, por ostentar el título de legitimidad, le corresponden una porción igual al del cónyuge sobreviviente o hijo natural si lo hubiere (Código Civil de Nicaragua, 1867):

**Art 990:** Si el difunto no hubiere dejado descendientes ni ascendientes legítimos, le sucederán sus hermanos legítimos, su cónyuge(sic) , y sus hijos naturales: la herencia se dividirá en tres partes, una para los hermanos legítimos, otra para el cónyuge, y otra para los hijos naturales. No habiendo cónyuge, o no habiendo hijos naturales, sucederán en la mitad de los bienes los hermanos legítimos y en la otra mitad los hijos naturales o el cónyuge. No habiendo ni hijos naturales, ni cónyuge sobreviviente, llevarán toda la herencia los hermanos. Entre los hermanos legítimos de que habla este artículo, se comprenderán aun los que solamente lo sean por parte de padre o parte de madre; pero la porción del hermano paterno o materno será la mitad de la porción del hermano carnal. No habiendo hermanos carnales los hermanos legítimos, paternos o maternos, llevarán toda la herencia o toda la porción hereditaria de los hermanos.

Efectivamente, eso se puede comprobar pues, la cónyuge (con quien tuvo que haberse casado) y el hijo natural tiene el mismo peso o importancia para el legislador; es decir, que los más importante era ostentar el título de legitimidad en el parentesco (Código Civil de Nicaragua, 1867):

**Art 991:** Si el difunto no ha dejado descendientes, ascendientes ni hermanos legítimos, llevará la mitad de los bienes el cónyuge(sic) sobreviviente y la otra mitad los hijos naturales. A falta de estos llevará todos los bienes el cónyuge, y a falta de cónyuge los hijos naturales.

En el dado caso que fallezca una persona que haya nacido en unión de hecho y no haya sido legitimado por matrimonio posterior, y este no tuviere descendencia legítima, se aplican las reglas de sucesión más o menos similares a las de nuestro tiempo (promulgados 36 años después). Es decir, primero suceden los descendientes naturales, luego los padres y por último los hermanos; todo sin menosprecio de la porción conyugal: si concurre con los padres, le tocará la cuarta parte, si lo hace con los hermanos del difunto le tocará la mitad (Código Civil de Nicaragua, 1867):

**Art 993:** Muerto un hijo natural que no deja descendiente legítimos, se deferirá su herencia en el orden(sic) y según las reglas siguientes. Primeramente a sus hijos naturales. En segundo lugar a sus padres. Si uno solo de ellos le ha reconocido con las formalidades legales, este solo le heredará. En tercer lugar aquellos de los hermanos que fueren hijos legítimos o naturales del mismo padre, de la misma madre, o de ambos. Todos ellos sucederán simultáneamente; pero el hermano carnal llevará doble porción que la del que solo es hijo natural del mismo padre ó madre. Habiendo cónyuge sobreviviente concurrirá con los padres o hermanos naturales: en concurrencia de los primeros o de uno de ellos le cabrá la cuarta parte de los bienes, y en concurrencia de uno ó mas de los segundos, la mitad.

Al estudiar minuciosamente el Código podemos identificar, en lo relativo a la sucesión, una obvia preferencia por aquellos herederos que ostentan legitimidad en el parentesco, incluso por encima de la afinidad conyugal. Aparentemente para la sociedad de aquel entonces, la familia era muy importante, pues un gran apartado de este cuerpo legal trata sobre las relaciones familiares y sus implicaciones en diversos ámbitos. La gran diferencia, es que para la sociedad del siglo XVIII, la familia tenía su base en el matrimonio, el cual revestía de una seguridad por cuanto era indisoluble y de responsabilidad solidaria. Esta seguridad atañe tanto a las relaciones contractuales, crediticias, financieras, reales y demás, pues en alguna manera obligaban a ambos cónyuges a velar por la satisfacción de sus obligaciones. Esto era premiado o reconocido por las leyes, favoreciendo a los frutos de las uniones matrimoniales (los hijos) en lo relativo a la sucesión ab intestato.

#### 2.1.1.4 ASIGNACIONES FORZOSAS

Las asignaciones forzosas que este Código establece son aquellas que se deben otorgar a los beneficiarios aun atropellando la voluntad del testador. La intención del legislador era proteger a ciertas personas en virtud de los derechos que considera intrínsecos por el parentesco que tiene con el difunto (Código Civil de Nicaragua, 1867):

**Art 1167:** Asignaciones forzosas son las que el testados es obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias espresas(sic).

Asignaciones forzosas son:

1. Los alimentos que se deben por ley a ciertas personas;
2. La porción conyugal;
3. Las legítimas;
4. La cuarta de mejoras en la sucesion de los descendientes legítimos

Afortunadamente para los hijos ilegítimos, cabe la posibilidad que, si el padre de estos los reconoce como hijos ilegítimos- sin intención de elevarlos a rango de hijos naturales- puedan exigir alimentos de la masa hereditaria para su sustento. Esto aplicaría aún en los casos que el padre los reconociere como naturales pero que algún interesado lo impugnare, en este caso quedaría como ilegítimo pero con derecho a asignación de lo necesario para la educación primaria y una alimentación básica (Código Civil de Nicaragua, 1867):

**Art 1169:** el hijo ilegítimo que fuere reconocido como tal en el testamento, podrá exigir a los herederos aquellos alimentos a que sería obligado el testador si viviese; pero sin acción retroactiva.

Lo cual se entiende si el testador no le reconociere formalmente con la intencion(sic) de conferirle los derechos de hijo natural, ó no tuviere efecto su reconocimiento en este sentido.

Esta es una oportunidad para que los hijos habidos en unión de hecho puedan obtener los alimentos básicos aun muerto su padre o madre. Incluso, se concede especial protección a estos con respecto a otros alimentarios a quienes el difunto

decidiera asignarles, si la voluntad de este perjudicara a aquellos (Código Civil de Nicaragua, 1867):

**Art 1171:** las asignaciones alimenticias a favor de personas que por ley no tengan derecho a alimentos, se imputarán a la porcion(sic) de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio. Y si las que se hacen a alimentarios forzosos fueren mas cuantiosas de lo que en las circunstancias corresponda, el exceso se imputará a la misma porcion de bienes.

El cónyuge sobreviviente tiene derecho a su porción conyugal (Código Civil de Nicaragua, 1867): “**Art 1172:** La porcion(sic) conyugal es aquella parte del patrimonio de una persona difunta, que la ley asigna al cónyuge sobreviviente, que carece de lo necesario para su congrua sustentacion.” En el caso de quienes vivían fuera de matrimonio no tenían derecho a recibirla; la manera de resolver la sucesión era a través de la donación (Código Civil de Nicaragua, 1867): “**Art 1000:** toda donacion(sic) ó promesa que no se haga perfecta é irrevocable, sino por la muerte del donante ó promisor, es un testamento, y debe sujetarse á las mismas solemnidades que el testamento...” Es decir, que el difunto debía haber hecho una donación condicionada, pudiendo reservarse o no el usufructo mientras vivía; así protegería a su pareja respecto de sus ascendientes legítimos que pudieran tomar su parte.

Es interesante recalcar que el legislador se preocupó en establecer la posibilidad de condicionar la asignación testamentaria exigiendo que el cónyuge sobreviviente no contraiga nuevo matrimonio; si la pareja vivía en unión de hecho estable, y el difunto hubiere hecho la donación incluyendo esta condición, aunque hubieren tenidos hijos en común no aplicaría, pues el estado de viudedad sólo aplica a los casados. Es decir, que los convivientes sobrevivientes, podrían recibir mediante donación una asignación testamentaria y no se le podría exigir permanecer en soltería (Código Civil de Nicaragua, 1867): “**Art 1075:** se tendrá asimismo por no puesta la condición de permanecer en estado de viudedad; a menos que el asignatario tenga uno ó mas hijos del anterior matrimonio, al tiempo de deferirsele(sic) la asignación”

En lo referente a las legítimas y mejoras, este Código incluye también a los descendientes aunque hayan nacido en unión de hecho, siempre y cuando se hubieren reconocido naturales, sea en vida o testamentariamente (Código Civil de Nicaragua, 1867): “**Art 1182:** Son legitimarios: Los hijos legítimos personalmente, ó(sic) representados por su descendencia legítima; Los ascendientes legítimos; Los hijos naturales personalmente, ó representados por su descendencia legítima; Los padres naturales.” La prelación en la concurrencia de los legitimarios seguía las reglas que ya habíamos expuesto en lo referente a las sucesiones intestadas (Código Civil de Nicaragua, 1867): “**Art 1183:** los legitimarios concurren y son excluidos y representados según el orden(sic) y reglas de la sucesion intestada.” Sin embargo, en la repartición del acervo se repite la predilección por los legítimos, a quienes, a demás de su legítima rigorosa –la mitad del total- se les puede mejorar apartando otra cuarta parte adicional de la cual el difunto pudo haber decidido arbitrariamente (Código Civil de Nicaragua, 1867):

**Art 1184:** Habiendo tales descendientes, la masa de bienes, prévias(sic) las referidas deducciones y agregaciones, se dividirá en cuatro partes: dos de ellas, ó sea la mitad del acervo, para las legítimas rigorosas; otra cuarta, para las mejoras con que el difunto haya querido favorecer a uno ó mas de sus descendientes legítimos, sean ó no legitimarios; y otra cuarta, de que ha podido disponer a su arbitrio.

Esta es una ventaja clara sobre los hijos nacidos en unión de hecho y que sólo fueron reconocidos como naturales (Código Civil de Nicaragua, 1867): “**Art 1195:** De la cuarta de mejoras puede hacer el donante ó testador la distribucion(sic) que quiera entre sus descendientes legítimos; podrá pues asignar a uno ó mas de sus descendientes legítimos toda la dicha cuarta, con exclusion de otros.” Se observa pues, un intento por garantizar una distribución más o menos equitativa, para la época, no permitiendo que se dejara totalmente excluido al descendiente natural pues se le garantizaba su legítima forzosa. Sin embargo, se destina una parte para la mejora que podía distribuirse a la porción correspondiente a los legítimos; a esta porción mejorada se llama legítima efectiva (Código Civil de Nicaragua, 1867):

**Art 1191:** acrece a las legítimas rigorosas toda aquella porcion(sic) de los bienes de que el testador ha podido disponer a título de mejoras, ó con absoluta libertad, y no ha dispuesto,



ó si lo ha hecho, ha quedado sin efecto la disposición. Aumentadas así las legítimas rigurosas se llaman legítimas efectivas

## 2.1.2 Código Civil de 1904

Igual como hicimos con el Código de 1867, queremos hacer referencia al Código Civil de 1904, el cual, en su gran mayoría está vigente, sin embargo, el legislador especial ha venido derogándolo tanto explícita como tácitamente. Fue decretado el primero de febrero de mil novecientos cuatro y publicado en el número 2,148 del Diario Oficial el viernes cinco de febrero de 1904.

### 2.1.2.1 Alimentos

En este nuevo Código podemos identificar una serie de variaciones sobre los conceptos de la sociedad plasmados a través del legislador. En primer lugar, ya no se encuentra la clasificación de los alimentos; anteriormente se dividían en dos tipos, y esto permitía que a unos se les brindara lo necesario para vivir cómodamente y a otros lo mínimo para sobrevivir. Esta pequeña diferencia deja mucho que entrever, pues nos hace pensar que a quien se le debiera brindar alimentos, fuera legítimo o ilegítimo, le correspondía la misma porción (Código Civil de Nicaragua, 1904): “**Art 231:** los padres están obligados a mantener, educar, instruir y procurar una profesión o arte, al hijo ilegítimo reconocido.” Sin embargo, aunque al encontramos con los sujetos a quienes se les debían prestar alimentos vemos que los hijos ilegítimos han subido un escalón con respecto al Código anterior, la prelación sigue siendo secundaria con respecto de los hijos legítimos (Código Civil de Nicaragua, 1904):

**Art 288:** se deben alimentos:

1. Al cónyuge
2. A los descendientes legítimos
3. Al hijo ilegítimo reconocido
4. A los ascendientes legítimos
5. A la madre y padre ilegítimo que ha reconocido al hijo

6. A los abuelos ilegítimos
7. A los nietos ilegítimos

Antes se preferían a los descendientes y ascendientes legítimos, ahora los alimentarios ilegítimos se encuentran en medio de estos y no en tercer lugar (Código Civil de Nicaragua, 1904): “**Art 292:** el obligado a dar alimentos los debe a todas las personas indicadas en el art 288; pero si no pudiere darlos a todas, los debe en el orden en que están enumeradas”. Y, si bien los convivientes estaban desprotegidos en lo que respecta a alimentos, los descendientes habidos en relaciones de unión de hecho, que fueren reconocidos por sus padres, habían obtenido una reivindicación de derechos.

#### ***2.1.2.2 Guarda, tutela, administración de bienes y patria potestad***

Anteriormente, habíamos anotado que las mujeres casadas pasaban a ser prácticamente administradas por sus maridos en sus bienes, decisiones y capacidad de contratación; empero, esto no afectaba a las mujeres que convivían en unión de hecho. En este nuevo código, el sometimiento de la mujer al varón merma un poco, en cuanto sus bienes pueden ser administrados por ella misma (Código Civil de Nicaragua, 1904): “**Art 153:** los cónyuges pueden, antes o después de celebrar el matrimonio, arreglar todo lo que se refiera a sus bienes. Este convenio deberá constar en escritura pública y estar debidamente inscrita”; y contratar por sí sola también (Código Civil de Nicaragua, 1904): “**Art. 157:** es permitida la contratación entre los cónyuges, y la mujer no necesita autorización del marido ni del Juez para contratar ni para parecer en juicio. Esta disposición se extiende a los matrimonios contraídos bajo la legislación anterior.”

#### ***2.1.2.3 Sucesión intestada***

En la distribución legal que se hace cuando el difunto no ha testado, se puede identificar claramente quienes son más importantes ante los ojos del legislador. Comparándolo con el Código Civil de 1867, hubo un cambio sustancial en la reivindicación de los derechos sucesorios de los hijos nacidos fuera de matrimonio

y los cónyuges; aparentemente, el estatus conferido en virtud de la filiación o afinidad legítima iba poco a poco menguando.

Anteriormente, según el Código Civil de 1867, cuando existían hijos legítimos, estos excluían a todos los demás descendientes; en esta legislación la distribución contempla que, sin perjuicio de la porción conyugal, el 25% esté destinado a los hijos naturales si los hubiere (Código Civil de Nicaragua, 1904):

**Art 1008:** si el difunto hubiere dejado hijos legítimos, la herencia se dividirá en cuatro partes: tres para los hijos legítimos y una para los hijos naturales o nietos naturales, sin perjuicio de la porción conyugal que corresponda al marido o mujer sobreviviente.

Cuando no hubiere descendencia legítima, los ascendientes legítimos obtendrían un 33% (antes 60%), el cónyuge también conseguiría 33% (antes 20%), asimismo los hijos naturales 33% (antes 20%). Si no habían hijos legítimos y ascendientes legítimos la porción de los hermanos legítimos era de 20% (antes 33%), el cónyuge 40% (antes 33%) y los hijos naturales 40% (antes 33%) (Código Civil de Nicaragua, 1904):

**Art 1010:** si el difunto no hubiere dejado descendencia legítimos, la herencia se dividirá en tres partes iguales: una para los ascendientes legítimos, otra para el cónyuge y otra para los hijos naturales o nietos naturales. No habiendo cónyuge sobreviviente, la herencia se dividirá en dos partes: una para los ascendientes legítimos y otra para los hijos naturales o nietos naturales. No habiendo hijos naturales o nietos naturales, se dividirá la herencia en dos partes, una para los ascendientes legítimos y otra para el cónyuge. No habiendo cónyuge, ni hijos o nietos naturales, la herencia pertenecerá toda a los ascendientes legítimos. Habiendo un solo ascendiente en el grado más próximo, sucederá éste en todos los bienes o en toda la porción hereditaria de los ascendientes.

Si no hubiere hijos legítimos, ni ascendencia legítima, ni hijos naturales o cónyuge, a los hermanos legítimos les hubiese correspondido 25% (antes 50%) y a los hijos naturales 75% (antes 50%); el mismo porcentaje de los hijos naturales para el cónyuge sobreviviente, en su lugar (Código Civil de Nicaragua, 1904):

**Art 1011:** si el difunto no hubiere dejado descendientes ni ascendientes legítimos, le sucederán sus hermanos legítimos, su cónyuge y sus hijos naturales o nietos naturales. La herencia se dividirá en cinco partes: una para los hermanos legítimos, dos para el cónyuge

y dos para los hijos o nietos naturales. No habiendo cónyuge sobreviviente, la herencia se dividirá en cuatro partes: una para los hermanos legítimos y tres para los hijos o nietos naturales.

Aunque el legislador no permitió que jamás un hijo natural recibiera más que un legítimo (Código Civil de Nicaragua, 1904): “**Art 1009**: cuando por ser el número de los hijos legítimos mayor que el de los ilegítimos reconocidos, resultares éstos con mayor haber que aquellos, se dividirá la herencia de manera que corresponda a todos, legítimos y naturales, partes iguales.”, la redistribución de las porciones sucesorias indica un cambio en la mentalidad del normador. Efectivamente, los derechos de los cónyuges e hijos naturales fueron reivindicados en alguna medida con respecto de los derechos de los ascendientes y colaterales legítimos. Esto es la génesis de lo que luego reivindicaría totalmente el derecho de los nicaragüenses a ser tratados por igual, sin distinción de calidades legales.

#### **2.1.2.4 Asignaciones forzosas**

Esta nueva legislación revoluciona completamente el espíritu sucesorio que imperaba en la época. Antes, independientemente de la voluntad del testador, siempre la mayoría de la masa hereditaria pasaba a manos de los descendientes legítimos; con la entrada de esta nueva norma se destraba la última voluntad y permite asignar libremente los bienes, sin menosprecio de las obligaciones alimentarias (Código Civil de Nicaragua, 1904):

**Art 976**: No hay herederos forzosos. En consecuencia, el testador podrá disponer libremente de sus bienes, sin perjuicio del derecho de alimentos que la ley concede a ciertas personas y de la porción conyugal a favor del cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su cóngrua(sic) sustentación.

Estas obligaciones se salvaguardan al transmitir las con la herencia (Código Civil de Nicaragua, 1904): “**Art 291**: la obligación de dar alimentos, si éstos se han pedido o concedido judicialmente, se transmite con la herencia”, incluso se permitía la reforma de testamento (Código Civil de Nicaragua, 1904): “**Art 1222**: el

cónyuge sobreviviente tendrá acción de reforma del testamento para la integración de su porción conyugal” para garantizar las obligaciones omitidas por el testador (Código Civil de Nicaragua, 1904):

**Art 1197:** asignaciones forzosas son las que el testador es obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas.

Son asignaciones forzosas:

1. Los alimentos que se deben por la ley a ciertas personas
2. La porción conyugal

Incluyendo los alimentos que se debían a los hijos fuera de matrimonio (Código Civil de Nicaragua, 1904):

**Art 221:** los padres de un hijo ilegítimo podrán reconocerlo de común acuerdo: uno de ellos podrá hacerlo separadamente, pero en este caso es prohibido revelar con quien se hubo al hijo, lo mismo que expresar cualquiera circunstancia por la cual pudiera ser reconocida. **Art 1223:** también tendrá acción de reforma del testamento, las personas a quienes el testador estaba obligado a suministrar alimentos según la ley, y no lo hizo en cantidad suficiente.

Como veremos seguidamente, en Nicaragua el concepto que se tiene de las uniones no matrimoniales ha devenido con el paso del tiempo. Aunque aún hay mucho por regular, el legislador ha dado pinceladas en su labor de garantizar para los convivientes y su descendencia ciertos derechos que poco a poco se les fueron reconociendo.

## 2.2 LEGISLACIÓN VIGENTE PREVIO AL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL.

### 2.2.1 Ley de Seguridad Social

El que se haya incluido a este Reglamento la definición de la Unión de Hecho, desde cinco años previo su reconocimiento constitucional, nos muestra que ya existía una conciencia sobre la disparidad entre las personas que convivían de hecho y las casadas (Reglamento General de la Ley de Seguridad Social, 1982):

**Artículo 1° inciso ñ:** COMPAÑERA de vida del asegurado: es la Mujer soltera que convive bajo el mismo techo con el asegurado no casado por un período mayor de cinco años continuos o hayan tenido hijos. Si existe al momento de reclamar alguna prestación más de una compañera en iguales condiciones, se reconocerá la condición de beneficiaria a aquella con la cual tenga el mayor número de hijos menores. En el caso que el asegurado o su compañera sean casados y se encuentren separados de cuerpo de sus respectivos cónyuges por más de cinco años y sin dependencia económica, se considerará a la compañera actual como su beneficiaria para todos los beneficios del Seguro Social, siempre que reúna los requisitos señalados en el párrafo anterior.

Sin embargo, nosotros encontramos algunas cuestiones que quisiéramos resaltar:

En primer lugar, consideramos no se atendió al principio general de Igualdad ante la Ley, por cuanto la redacción del artículo, así como en muchos otros, cercena la posibilidad de obtener los beneficios sociales al varón, en este caso. Creemos que si bien porcentualmente la inmensa mayoría son mujeres quienes buscan cobijarse en estos beneficios, por equidad de género, la norma no debe excluir formalmente al otro individuo.

En segundo lugar, en el mismo primer párrafo encontramos que se establecen requisitos para determinar si cabe como compañera de vida; pero, si aún no se cuenta con una manera certera para acreditar la convivencia cumpliendo estos, entre otros, referente a la cohabitación, ¿cómo el funcionario corroboraba la información dicha por los solicitantes en caso que no hubiese hijos? En la tercera parte del mismo párrafo inferimos justamente este desorden. Por un lado exige cohabitación continua durante al menos cinco años, luego nos hace referencia a la posibilidad que el varón tuviera dos o más relaciones simultáneas.

Tercero, nos parece que existe una tremenda contradicción en esta norma, pues se desestiman completamente elementos esenciales de la Unión de Hecho, como lo son la singularidad y la voluntad de las partes, puesto que nos establece que, aunque sí cohabite continuamente con una determinada mujer, es a la que le tuviere mayor descendencia a quien le otorgarán los beneficios sociales,

atentando contra la potestad natural de escoger a quién quiere establecer como compañera de hecho, independientemente de la irresponsabilidad parental y desorden sexual varonil. O sea, que la mujer que le tenga mayor descendencia al varón es la que obtendría el beneficio y no aquella con quien él haya decidido convivir.

Cuarto, si bien es cierto el INSSBI hoy INSS, era el órgano estatal que tenía de primer plano el contacto con la realidad social, el desorden familiar y las injusticias a las mujeres que se dedicaban al cuidado de sus hijos e hijas y compañero de vida, no consideramos jurídicamente adecuado lo establecido en el segundo párrafo de este artículo. Pues, cuando establece que aunque cualquiera de ellos estuviere casado, es su actual pareja la que obtendría los beneficios sociales, de este modo se permite formalmente que se desestimen de facto vínculos legales, repudiando la máxima del derecho que las cosas se deshacen de la misma manera como se hacen.

Contextualmente estábamos situados en un momento histórico legal en el que no se permitía el divorcio unilateral, que según las mujeres era su posibilidad de liberarse del yugo masculino, más han sido los varones los usuarios más frecuentes de estos procesos judiciales. Asimismo, en esa época se vivía un fervor revolucionario, que resultaba en familias desintegradas, puesto que por las diversas actividades económicas, sociales y educativas promovidas por el Estado, se daban migraciones externas y al interior del país.

Definitivamente, al legislador se le debió haber complicado la situación, tratando de garantizar lo que justo corresponde a cada quién, aunque esto atentara frontalmente contra varios elementos esenciales de la Unión de Hecho, por ejemplo singularidad, cohabitación, inexistencia de vínculo legal previo, asimismo violentando el principio fundamental del derecho de igualdad ante la ley y la no discriminación por razón de sexo.

### 2.2.2 Ley Reguladora de las Relaciones entre Madre, Padre e Hijos

A diferencia de la ley de Seguridad Social, en esta ley no se establecen definiciones ni se dan luces sobre la Unión de Hecho. En realidad, si el otro se encargó de velar por la justicia social en lo relativo al varón y la mujer como pareja, en este se pretende tutelar los derechos y deberes entre los ascendientes y descendientes, independientemente que el vínculo del padre con la madre haya nacido de un contrato matrimonial o de una situación fáctica (Decreto 1065. Ley Reguladora de las Relaciones entre Madre, Padre e Hijos, 1982):

**Art 6:** En los casos de nulidad de matrimonio o divorcio, y en los de separación de los padres, casado o no, si no existe entre ellos acuerdo en relación con el cuidado del menor, su representación y la administración de sus bienes, el Tribunal competente, resolverá procurando el beneficio de los menores. En caso de que ambos padres representen una garantía equivalente para el óptimo desarrollo del menor, el Tribunal, dará preferencia a la madre, siempre y cuando el menor no haya cumplido los siete años de edad. Después de este tiempo se deberá consultar al menor. La decisión sobre el cuidado y representación del menor no conlleva necesariamente al alejamiento entre el hijo y el padre o la madre excluida, si entre ellos existen relaciones que beneficien al desarrollo del menor. En este caso el Tribunal regulará esas relaciones armonizándolas con la nueva situación.

Esta ley procura trazar directrices sobre el desenvolvimiento entre los padres respecto del cuidado, representación y administración de los bienes de los menores en los casos de desacuerdo entre aquellos. No hace distinción alguna sobre si los padres están casados o en unión de hecho, lo que nos hace inferir que para el legislador las relaciones parentales trascienden al acto contractual del matrimonio y perfectamente pueden nacer de las relaciones de hecho, siempre y cuando el menor haya sido debidamente reconocido.



## 2.3 LEGISLACIÓN VIGENTE POSTERIOR AL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL A LA UNIÓN DE HECHO

### 2.3.1 Leyes Penales

En materia penal, se ha hecho una escueta referencia a la unión de hecho. En estas dos leyes se ha contemplado, en un artículo cada una, lo que se estimaba necesario para proteger a los individuos en el desarrollo de la convivencia en el seno familiar, complementándose el uno con el otro. Se establece la calificación del tipo penal (Código Penal de Nicaragua, 1996):

**Art. 155 Violencia doméstica o intrafamiliar.** Quien ejerza cualquier tipo de fuerza, violencia o intimidación física o psíquica contra quien sea o haya sido su cónyuge o conviviente en unión de hecho estable o contra la persona a quien se halle o hubiere estado ligado de forma estable por relación de afectividad, o sobre las hijas e hijos propios, del cónyuge o del conviviente fuera de los casos del derecho de corrección disciplinaria, o sobre ascendientes o discapacitados que convivan con él o con ella, o que se hallen sujetos a la patria potestad, tutela o guarda de uno u otro y como consecuencia de la realización de los actos anteriormente señalados se ocasionan:

- a) Lesiones leves, la pena será de uno a dos años de prisión;
- b) Lesiones graves, la pena será de tres a siete años de prisión;
- c) Lesiones gravísimas, la pena será de cinco a doce años de prisión.

Además de las penas de prisión anteriormente señaladas, a los responsables de violencia intrafamiliar, se les impondrá la inhabilitación especial por el mismo período de los derechos derivados de la relación, madre, padre e hijos, tutela o guarda.

A demás, se reconoce como sujeto pasivo tanto a los miembros de las familias constituidas tanto vía matrimonio como aquellos en unión de hecho (Ley de Reformas y Adiciones al Código Penal, 2007):

**Artículo 5.** Se reforma el Artículo 237 del Libro II Título III, Capítulo II: de las amenazas y coacciones, el cual se leerá así: **Artículo 237.** Para los efectos de este Capítulo se entiende por familia, el cónyuge o compañera en unión de hecho estable con sus hijos e hijas, la mujer u hombre en su papel de padre o madre solo o sola con sus hijos e hijas convivientes y los colaterales hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad

En ninguno de estos se mencionan elementos, definiciones o parámetros que ayuden a definir lo que se considera unión de hecho, sin embargo la sitúa oficialmente como núcleo familiar tutelado incluyendo a los descendientes aunque no hubieren sido concebidos en la convivencia.

### 2.3.2 Ley de Alimentos

Esta ley muestra algunas inconsistencias y también le deja al juzgador la amplitud para determinar, sin criterio preestablecido alguno, la existencia o no de una relación de hecho estable. Fue promulgada cinco años después del reconocimiento constitucional a la unión de hecho como forma de constituir familiar (Constitución Política de Nicaragua, 1987):

**Artículo 72.** El matrimonio y la unión de hecho estable están protegidos por el Estado; descansan en el acuerdo voluntario del hombre y la mujer y podrán disolverse por mutuo consentimiento o por la voluntad de una de las partes. La ley regulará esta materia.

La mayor inconsistencia la encontramos en el primer artículo que nos da a entender que, a criterio del legislador ordinario, la unión de hecho por ser una forma subsidiaria de fundar las obligaciones alimenticias (Ley 143. Ley de Alimentos, 1992):

**Art 1:** la presente Ley regula el derecho de recibir alimentos y la obligación de darlos. El deber de dar alimentos y el derecho de recibirlos se funda en la familia y en forma subsidiaria en la unión de hecho estable que tenga las características que se regularán en esta Ley, para efectos de la obligación alimentaria.

Este enunciado no lo consideramos correcto pues, o no considera a la unión de hecho por sí sola como constitutiva de familia, o (peor aún) no toma en cuenta la singularidad como elemento *sine qua non* de la misma. Es un retroceso, pues si se llegara a considerarla subsidiaria con respecto del matrimonio (podría entenderse como un matrimonio en segundo grado o de rango inferior), se atenta contra este, también protegido por el Estado según la Constitución.

Partiendo que para la época de promulgación de esta Ley de Alimentos ya existía el divorcio por voluntad unilateral, es decir, no existen las barreras formales que ocasionaban la proliferación de uniones de hecho entre personas que aún mantenían lazos matrimoniales con sus antiguas parejas, llegamos a la siguiente interrogante: ¿al legislador le interesa la singularidad? Si las obligaciones alimentarias se fundan en la familia, según el mencionado artículo, ¿el legislador consiente que un individuo tenga varias familias?

Lamentablemente, al leer el artículo 6 y 10 parte infine, llegamos a la triste conclusión que, efectivamente, al legislador no le interesa la singularidad de las relaciones familiares (Ley 143. Ley de Alimentos, 1992):

**Art 6:** se deben alimentos en el siguiente orden:

- a) A los hijos
- b) Al cónyuge
- c) Al compañero en unión de hecho estable

**Art 10 párrafo 2°:** Si los recursos del alimentante no alcanzaren a satisfacer las necesidades de todos sus acreedores alimentistas, deberá satisfacerlas en el orden del Arto. 6 de la presente Ley

Anteriormente, el legislador había establecido el criterio quinquenal para reconocer la existencia de las uniones de hecho, ahora se establece un criterio radicalmente discrecional de parte del juzgador. Por un lado el tiempo requerido variaría de judicatura en judicatura, dependiendo de la apreciación del judicial, y por otro lado se introduce el requisito de la notoriedad. Ambos criterios se tasarían dependiendo de las consideraciones, conceptos, apreciaciones, experiencias y pensamientos del Juez que conozca la causa (Ley 143. Ley de Alimentos, 1992):

**Art 5:** para efectos de la obligación alimenticia, se considera unión de hecho estable aquella que cumple con los siguientes requisitos:

- a) Que hayan vivido juntos durante un período de tiempo apreciado por el juez;
- b) Que entre ambos hayan tenido un trato, consideración social y la armonía conyugal que demuestre al juez la intención de formar un hogar

### 2.3.3 Ley de Migración.

Esta ley fue derogada por la que a continuación analizaremos, sin embargo, considero importante que ambas sean objeto de nuestro estudio para que identifiquemos la evolución en los criterios del legislador. Este artículo, derogado como ya fue aclaré, contempla que puede un extranjero solicitar su estatus migratorio, si se casa o convive en unión de hecho con un ciudadano nicaragüense y lo demuestra (Ley General de Migración y Extranjería, 2011):

**Art. 3:** Derecho a solicitar estatus migratorio. El matrimonio o unión de hecho estable de un inmigrante ilegal con un ciudadano o ciudadana nicaragüense, podrá concederle el derecho de solicitar su estatus migratorio en el territorio nacional ante las autoridades competentes, sin perjuicio de los derechos establecidos en las leyes nacionales o en los convenios internacionales. Para tal efecto, los interesados deben haber formado una familia por medio de una relación estable, cuyo tiempo de duración no sea menos de dos años de convivencia, la cual debe ser demostrada con tres testigos del lugar de donde resida la familia formada y que conozcan al nacional

Establece tres nuevos criterios para determinar la existencia de la unión de hecho y son, por un lado la estabilidad y cohabitación mediante el transcurso de dos años continuos, y por otro lado, esto se acredita por medio de tres testigos, lo que incluye el criterio de la notoriedad. Se podría decir que, el hecho de que los testigos deban conocer al nacional infiere la capacidad que tendrían para cerciorarse que sea una relación singular, sin embargo, el legislador ordinario no lo aclara.

De hecho, al enunciar que lo que se evalúa es la formación de la familia mediante una relación estable, inferimos que el simple hecho de contraer matrimonio no le basta al migrante para hacerse acreedor del derecho de solicitar su estatus. Puede que haya contraído matrimonio, pero que la familia estable, que le abriría las puertas al trámite migratorio, sea otra por unión de hecho. Una vez más, la inexactitud en los criterios y la incapacidad de acreditar la unión de hecho imposibilita la aplicación exacta de la norma constitucional, respetando tanto al matrimonio y a la unión de hecho.

### 2.3.4 Ley de Migración y Extranjería vigente.

(Ley General de Migración y Extranjería, 2011):

**Art. 37 Residentes por Vínculo Matrimonial o por Unión de Hecho Estable:** Los extranjeros que contraigan matrimonio o establezcan unión de hecho estable con nicaragüense, dentro o fuera del territorio nacional conforme las leyes del país en donde se celebra, podrán adquirir residencia por vínculo matrimonial o unión de hecho estable, cumpliendo los requisitos y procedimientos establecidos en esta Ley y su reglamento.

En caso de disolución del vínculo matrimonial o de la unión de hecho estable, el residente perderá esta calidad migratoria desde la fecha en que se emita la resolución respectiva; sin embargo, tendrá derecho a obtener otra calidad migratoria siempre que reúna los requisitos establecidos.

Al cónyuge extranjero residente por vínculo familiar, una vez que dejaré de cumplir con las obligaciones que impone la legislación en materia de alimentos, podrá cancelársele su calidad migratoria y fijarle un plazo para que abandone el país.

El extranjero no perderá su residencia en caso de muerte de su cónyuge o compañero o compañera en unión de hecho estable, excepto en aquellos casos que haya sido condenado mediante sentencia firme por la muerte del cónyuge o compañero o compañera en unión de hecho, salvo que en este último caso existan hijos o hijas nicaragüenses por nacimiento, en cuyo caso el extranjero accederá a la calidad migratoria establecida en el artículo 36 de la presente Ley, sin perjuicio de los otros efectos legales.

A los inmigrantes que tengan su documentación en regla se le permite, en virtud del matrimonio o unión de hecho, solicitar su residencia. En este artículo no define las características de la unión, el funcionario administrativo deberá entonces avocarse al artículo 170 de la presente ley para tener directrices.

**Arto. 54 Nacionalidad para Naturales de España y Centroamérica Residentes:** Los extranjeros naturales de España y los de origen centroamericano, podrán adquirir la nacionalidad nicaragüense cuando sean residentes permanentes en Nicaragua por un período continuo de dos años sin necesidad de renunciar a la de su país de origen. De igual manera el cónyuge por razón de matrimonio con nicaragüense podrá adquirir la nacionalidad nicaragüense con una residencia continua de dos años.

Este artículo es interesante pues solamente los cónyuges de nicaragüenses y con residencia continua de dos años, podrán tener acceso a la nacionalidad nicaragüense. Es decir, se excluye de este derecho a los convivientes en unión de hecho. Pareciera que para el legislador la cuestión de la nacionalidad es “demasiado seria” como para ser adquirida vía unión de hecho.

**Art. 170 Derecho a Solicitar Cambio de Estatus Migratorio.** El matrimonio o unión de hecho estable de un inmigrante en situación irregular con un ciudadano o ciudadana nicaragüense, le concede el derecho de solicitar ante la Dirección General de Migración y Extranjería, cambio de su estatus migratorio a residente por vínculo matrimonial o unión de hecho estable conforme el artículo 37 de la presente Ley sin perjuicio de los derechos establecidos en otras leyes o en instrumentos internacionales. Para tal efecto, los interesados deben haber formado una familia por medio de una relación estable, la cual debe de ser demostrada con dos testigos del lugar de residencia de la familia formada que conozcan al nacional.

Con respecto a la ley anterior, ahora son dos los testigos necesarios para acreditar la unión-antes eran tres-. En esta nueva ley, el funcionario administrativo, quien deberá acreditar o declarar la existencia de una unión de hecho, no requiere tomar en consideración el tiempo de duración, o sea estabilidad, de la relación. En resumidas cuentas, únicamente se mantiene la demostración de la notoriedad por testigos.

### 3 Capítulo III: Tratamiento jurídico contemporáneo para la unión de hecho estable en algunas constituciones referenciales y discusión doctrinaria

#### 3.1 TRATAMIENTO QUE RECIBE LA UNIÓN DE HECHO ESTABLE EN ALGUNAS CONSTITUCIONES REFERENCIALES.

##### 3.1.1 Constituciones Centroamericanas y Caribeñas.

###### 3.1.1.1 *Nicaragua (1987).*

**Artículo 72:** el matrimonio y la unión de hecho estable están protegidos por el Estado y descansan en el acuerdo de voluntario del hombre y la mujer y podrá disolverse por mutuo consentimiento o por la voluntad de una de las partes, la ley regulará esta materia.

###### 3.1.1.2 *El Salvador (1985).*

**Artículo 32:** la familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado, quien dictará la legislación necesaria y creará los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico. El fundamento legal de la familia es el matrimonio y descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges. El Estado fomentara le matrimonio pero la falta de éste no afectará el goce de los derechos que se establezcan en favor de la familia.

**Artículo 33:** la ley regulará las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges entre sí y entre ellos y sus hijos, estableciendo los derechos y deberes recíprocos sobre bases equitativas; y creará las instituciones necesarias para garantizar su aplicabilidad. Regulara así mismo las relaciones familiares resultantes de la unión estable de un varón y una mujer.

#### **3.1.1.3 Guatemala (1993)**

La Constitución Política de Guatemala en el artículo 48, trata de la Unión de Hecho y dice: “El Estado reconoce la unión de hecho y la ley preceptuará todo lo relativo a la misma.”

#### **3.1.1.4 Honduras (1982)**

**Artículo 112:** se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio, así como la igualdad jurídica de los cónyuges.

Sólo es válido el matrimonio civil celebrado ante funcionario competente y funcionario competente con las condiciones requeridas por la ley.

Se reconoce la unión de hecho entre las personas legalmente capaces para contraer matrimonio. La Ley señalará las condiciones para que surta los efectos del matrimonio civil.

#### **3.1.1.5 Panamá (1972)**

**Artículo 54:** la unión de hecho entre personas legalmente capacitadas para contraer matrimonio, mantenida durante cinco años consecutivos en condiciones de singularidad y estabilidad, surtirá todos los efectos del matrimonio civil.

Para este fin bastará que las partes interesadas soliciten conjuntamente al Registro Civil la inscripción del matrimonio de hecho, el cual podrá tramitarse por intermedio de los corregidores. Cuando no se haya efectuado esa solicitud el matrimonio podrá comprobarse, para los efectos de la reclamación de sus



derechos, por uno de los cónyuges u otro interesado, mediante los tramites que determine la Ley. Podrán no obstante, oponerse a que haga la inscripción o impugnarla después de hecha al Ministerio Público en interés de la moral y de la Ley, o los terceros que aleguen derechos susceptibles de ser afectados por la inscripción, si la declaración fuere contraria a la realidad de los hechos.

#### **3.1.1.6 Cuba (1940)**

La Constitución de Cuba establece que los tribunales determinarán los casos en que, por razones de equidad, la unión entre personas con capacidad legal para contraer matrimonio sea equiparada, por su estabilidad y singularidad, al matrimonio civil (art. 43, ap. 6)

#### **3.1.1.7 República Dominicana (2010)**

**Artículo 55.-** Derechos de la familia. La familia es el fundamento de la sociedad y el espacio básico para el desarrollo integral de las personas. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

1) Toda persona tiene derecho a constituir una familia, en cuya formación y desarrollo la mujer y el hombre gozan de iguales derechos y deberes y se deben comprensión mutua y respeto recíproco;

3) El Estado promoverá y protegerá la organización de la familia sobre la base de la institución del matrimonio entre un hombre y una mujer. La ley establecerá los requisitos para contraerlo, las formalidades para su celebración, sus efectos personales y patrimoniales, las causas de separación o de disolución, el régimen de bienes y los derechos y deberes entre los cónyuges;

5) La unión singular y estable entre un hombre y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, genera derechos y deberes en sus relaciones personales y patrimoniales, de conformidad con la ley;

### **3.1.2 Constituciones Suramericanas**

#### **3.1.2.1 Bolivia (1967)**

**Art. 193:** El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección del Estado

**Art. 194.** Igualdad y matrimonio de hecho El matrimonio descansa en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges.

Las uniones libres o de hecho, que reúnan condiciones de estabilidad y singularidad y sean mantenidas entre personas con capacidad legal para contraer enlace, producen efectos similares a los del matrimonio en las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes y en lo que respecta a los hijos nacidos de ellas.

En Bolivia se exige por lo menos dos años de convivencia o el nacimiento de un hijo, además de estar capacitados legalmente para contraer matrimonio (art. 131, 2ª parte, de la Constitución).

#### **3.1.2.2 Venezuela (2009)**

Arto 77: Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, fundado en el libre consentimiento y la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges. Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan con los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos del matrimonio.

### **3.1.2.3 Perú (1979)**

**Arto 9.** La unión estable de un varón y una mujer, libre de impedimentos matrimoniales que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la Sociedad de gananciales en cuanto es aplicable.

El artículo **326** de la misma Constitución se encarga de aclarar el concepto constitucional, especificando que la unión de hecho debe tener no menos de 2 años de permanencia continua. (Castillo Herrera, 2004)

### **3.1.2.4 Colombia (1991)**

**Artículo 5.** El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.

**Artículo 42.** La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes.

Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneración responsable.

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.

Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil.

Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley.

Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil.

También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley.

La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes.

### **3.2 ANÁLISIS A LAS REGULACIONES CONSTITUCIONALES DE LA UNIÓN DE HECHO ESTABLE**

Como hemos visto hasta ahora, dentro del constitucionalismo latinoamericano no existe todavía un tratamiento uniforme para las uniones de hecho estable. La discusión gira en cuanto a si la unión de hecho es o no equiparable al matrimonio, para lo cual aun no existe un criterio único, y por ello se han dado soluciones muy diversas al respecto.

Junto a la familia formalizada (matrimonio), convive una realidad social que no puede ser silenciada por el derecho: las uniones de hecho. Existe la necesidad que las legislaciones contemplen ciertos elementos jurídicos para la que las áreas desprotegidas de estas uniones, como lo son los intereses de los hijos y el respeto de los convivientes entre sí, sean tutelados efectivamente. “La necesidad de regulación se deriva de la libertad sin límites que gozan los convivientes, que es incompatible con la familia que crean” (González Castillo, 2006).

El Dr. Belluscio, por su parte, en busca de alternativas para la regulación de la unión de hecho, ha clasificado el constitucionalismo existente en Latinoamérica, cuatro grupos a saber. Un primer grupo, le reconoce a la unión de hecho efectos amplios; un segundo grupo sólo le concede efectos limitados, en tanto existe habilidad nupcial; un tercer grupo, que le otorga también efectos limitados, pero no exige la existencia de la habilidad nupcial; y un cuarto grupo que deja en las manos de la ley la regulación de estas relaciones, sin determinar en ese caso que efectos se le atribuirán (Rivera Madriz M. , 2010).

Autores como Rafael Rojina Villegas, citado por (Rivera Madriz M. L., 2010) optan en cambio, por precisar cuáles han sido las posiciones, que a lo largo del tiempo se han adoptado, por los diferentes países, tales como:

- Un silencio absoluto o indiferencia legal.
- La regulación de sus efectos, sólo en lo tocante a los hijos.
- Su reconocimiento y regulación, como una unión de orden inferior al matrimonio.
- Su reconocimiento y regulación, como una unión equiparable al matrimonio.
- Su prohibición y por ende sanción.

Haciendo una observación más aterrizada en cuanto a la manera en la cual las Constituciones Latinoamericanas se comportan ante el fenómeno de las uniones de hecho, hemos de decir, que las posturas que merecen estudiarse son:

- Abstenerse de legislar sobre el tema (Indiferencia legal-Silencio Legislativo)
- Asimilarla al Matrimonio, tomando en cuenta ciertas condiciones (equiparación con el matrimonio)
- Admitir una mínima intervención del legislador en los problemas planteados por las uniones de hecho, con el fin de evitar injusticias (posición intermedia) (Rivera Madriz M. , 2010)

### **3.2.1 Silencio Legislativo**

Esta postura tiene su origen en el código Francés: “Quien se sustrae a la ley, debe ser ignorada por ella”, refiriéndose aquellos franceses que no se sujetaban a la ley porque decidían no casarse. La misma postura, siguiendo el ejemplo de este código lo adoptaron una serie de códigos europeos como el italiano y el belga.

El fundamento de esta posición, según quienes la defienden radica en que “el Derecho ignora tales relaciones, por ser estas consideradas ilícitas, informales y contrarias a las buenas costumbres (Rivera Madriz M. L., 2010).

Por su parte, la postura moderna encuentra el fundamento a esta corriente, en el respeto a la libertad de las personas que han decidido convivir optando por un estilo de vida, libre de formalidades. El derecho a elegir entre casarse o no, es un derecho fundamental, estrechamente ligado al desarrollo de la personalidad. Por lo tanto, el legislador no puede imponer efectos matrimoniales a la relación establecidas por las parejas que han decidido no casarse. Lo anterior violentaría, sigue manteniendo la doctrina, la libertad individual, en tanto la ley no ha dejado opción alguna: o estas casado o estas en union de hecho (Rivera Madriz M. , 2010).

El legislador debe confrontar la realidad social, valorarla y normar su consecuencia. Nada logrará manteniendo el silencio en torno al concubinato, satisfaciendo sus prejuicios morales y sus atibos de una justicia científica. (Bermúdez Zarifeth, 1995)

### **3.2.2 Equiparación**

Otro sector de la doctrina, considera que equipar la unión de hecho con el matrimonio es posible, lo cual significa conceder a los convivientes, los mismos deberes y derechos de los cónyuges. En aquellos ordenamientos que comparten esta posición, se prevé la observancia del cumplimiento de ciertos requisitos, que varían en dependencia del país, iguales a los del matrimonio.

El sustento de esta posición radica en que la unión de hecho al igual que el matrimonio es una unión heterosexual, en donde las partes que intervienen son aptas para contraer matrimonio, han vivido en común y tienen un reconocimiento social como maridos. El contenido y los efectos de la unión de hecho son los mismos que el matrimonio.

### **3.2.3 Posición intermedia**

Existen legislaciones que sin recurrir a posiciones extremas, como sería una total ignorancia de esta realidad social o la equiparación de esta con el matrimonio, adoptan una posición intermedia entre los criterios de uno y otro. Le atribuyen, de esta forma, efectos parciales a la convivencia de facto, con la única finalidad, de consolidar, en todo el sentido de la palabra, la institución del Matrimonio (Rivera Madriz M. , 2010).

Podemos concluir diciendo, que esta posición establece, que aun y cuando el Derecho le conceda a la unión de hecho algunos efectos similares al matrimonio,

ello no debe de interpretarse como una completa extensión de la misma al ámbito de la unión legítima, como lo afirma Trabucchi, citado por Talciani. (Rivera Madriz M. , 2010).

### **3.3 TRATAMIENTO DOGMÁTICO PARA LA UNIÓN DE HECHO ESTABLE**

Los estudiosos del derecho no han dejado este tema por fuera de sus discusiones; en él como en otros, la doctrina aun no encuentra consenso. En este apartado pretendemos sintetizar las diferentes opiniones que el tema de la regulación de las uniones de hecho despierta en los doctrinarios del derecho de familia.

Las posiciones son variadas. Por un lado, unos consideran que la unión de hecho no debe interesar al derecho en virtud que es una realidad que resulta de la situación fáctica en la cual han decidido vivir un hombre y una, sin sujetarse a ningún régimen jurídico ni compromisos legales. Otros creen que, dada la importancia de la unión de hecho como una realidad creadora de familia, es obligación del derecho reconocerla; en este punto las opiniones vuelven a dividirse: puesto que hay quienes creen que el reconocimiento debe ser para equipararla al matrimonio y otros opinan que el reconocimiento de la misma debe hacerse en inferior calidad que la del matrimonio.

Frente al fenómeno de las uniones de hecho, no se puede menos que tener en cuenta el aspecto subjetivo: se trata de determinadas personas, de su visión de la vida, de sus intenciones, en síntesis de su "historia". En ese sentido debemos respetar la libertad individual de elección de esas personas y materializar el reconocimiento público de las uniones de hecho, pues se trata de la unión entre personas legalmente capacitadas para contraer matrimonio, mantenida durante un tiempo consecutivo en condiciones de singularidad y estabilidad. Se cree que junto a la familia legítima existe esta unión de hecho que es una realidad social y no puede seguir siendo ignorada por el Derecho. (Castillo Herrera, 2004)



A ello se añade que el desconocimiento legal de las uniones libres puede favorecer la irresponsabilidad paterna. También podría contribuir a someter a los más débiles, particularmente en el régimen económico y, en las relaciones personales, cuando hay maltrato y violencia intrafamiliar. Por esto, consideramos que no cabe el silencio legislativo para desconocer uniones que se sustentan en principios de solidaridad, igualdad, unidad, justicia y equidad.

Algunos teóricos cuestionan el proceder del Derecho al regular las uniones de hecho. Uno de los alegatos es que las uniones extramatrimoniales son una expresión de la autonomía de la voluntad. Por lo tanto, si llegan a ser reconocidos legalmente se estaría avasallando el libre albedrío de los convivientes. Regular dichas uniones sería como traicionar la elección emancipada de los individuos que han querido evitar no sólo la formalidad, sino también el régimen que la ley contempla para el matrimonio.

En tal perspectiva, hay quienes son partidarios de dejar todo a la autonomía privada. No obstante, esto implica que no se deberá abandonar al conviviente débil a la intemperie con respecto del más fuerte. Se argumenta que la libertad a la cual tiene derecho cada individuo para elegir, tanto a sus amigos como a la persona con quien quiere para vivir, es un derecho fundamental que ninguna regulación debería contravenir. Consideramos que igual de importante es la decisión de la particularidad del vínculo legal que se pueda consentir con ellos.

Ante esta posición, la otra parte de la doctrina alega que el Derecho no puede responder de esta manera, pues, si bien los convivientes no inician su relación dentro de los cauces legales, generalmente, estas relaciones llevan consigo una vocación creadora de familia; esta no puede vivir con privación de marco normativo aplicable.

La autonomía personal constituye un derecho humano que debe ser respetado. En lo que atañe a nuestro tema en estudio, involucra la posibilidad que los

convivientes pacten el contenido de sus relaciones personales y patrimoniales. Creemos que en este marco normativo mínimo, el mencionado derecho a la libertad o autonomía de la voluntad debe, al menos, respetar un mínimo de protección de la familia; recordemos que la protección de ésta es de orden público. Por lo que, se debe alcanzar el justo equilibrio entre el santísimo derecho a la autonomía personal y la obligación estatal de protección a la familia. Obligación que nace de la signatura y ratificación de los convenios internacionales referente a los derechos humanos universales.

Por otra parte, están quienes, contradiciendo la histórica postura de Napoleón, opinan que a los seres humanos les está permitido vivir al margen de la legislación mas no del Derecho. La unión de hecho debe ser reconocida por el este, sin embargo, este reconocimiento debe valorar la responsabilidad de los convivientes. Asimismo, respetar la libertad de elección que han manifestado cada quien al escoger vivir su compromiso sin ataduras legales. Por esto es que se considera inaplicable la analogía matrimonial a la regulación de la unión de hecho. Hasta aquí, la autonomía privada es la respuesta que se ofrece como la herramienta jurídica idónea para tutelar eficaz y mordientemente las uniones de hecho, sobre todo cuando las mismas se entienden como un contrato tácito consumado entre los convivientes.

En la misma línea de ideas, algunos tratadistas, Jossesan entre ellos, agregan a lo anterior la gravedad que una figura social se alzara frente a una unión regulada. Importa lo anterior por la carencia de orden técnico; siendo que las partes han decidido eludir cualquier compromiso o vinculo legal, regular su unión afectaría directamente la autonomía privada de los convivientes.

## 4 Capítulo IV. La unión de hecho y el dictamen de código de Familia de 31 de marzo de 2011

Desde hace aproximadamente 25 años la Constitución Política de Nicaragua estableció que la Ley regularía lo referente a la unión de hecho. Sin embargo, esa disposición no fue cumplida a cabalidad. Únicamente se hicieron remedos para mitigar un poco las dificultades con las que se topaban, en el ejercicio de sus funciones, los administradores de justicia tal como lo señalamos en el capítulo segundo de este trabajo. Hemos realizado hasta aquí un estudio sobre la génesis de la unión de hecho, su definición, características, tratamiento legal y dogmático. A partir de este conocimiento adquirido, analizaremos la regulación que se propone en el Dictamen para la positivización de esta figura.

### 4.1 DEFINICIÓN.

#### **Artículo 78. Definición de unión de hecho estable**

La unión de hecho estable descansa en el acuerdo voluntario del hombre y la mujer que sin impedimento legal para contraer matrimonio, libremente hacen vida en común de manera estable, notoria y singular mantenida al menos por dos años consecutivamente. Para todos los efectos los integrantes de esta unión serán denominados convivientes.

La condición de singularidad consiste en la convivencia exclusiva entre un hombre y una mujer y la condición de estabilidad, se cumple cuando la convivencia en el hogar sea constante. (Nicaragua, 2011, pág. 51)

En atención a lo estudiado notamos que el concepto del cual ha decidido apropiarse el legislador nicaragüense para reconocer a la unión de hecho, recoge las principales características de la figura; se ha observado la exigencia del acuerdo de voluntades entre una pareja heterosexual capaz de contraer matrimonio entre ellos, que han hecho una vida común pública, estable y notoria. Así mismo, establece parámetros de calificación para la singularidad y la estabilidad.

Es un concepto muy bien trabajado, recoge la esencia de la unión de hecho sin desnaturalizarla. Debemos mencionar, que el plazo que establece para considerar a una relación como una unión de hecho, es de los más cortos en comparación con las legislaciones estudiadas, pero como ya se expuso con anterioridad es bastante difícil establecer un criterio que permita medir la estabilidad de estas relaciones, dejando como única respuesta al problema el establecimiento de un plazo el cual una vez vencido hace presumir la estabilidad de la relación. Este cuerpo normativo unificado presenta sustanciales variaciones con respecto a la legislación vigente en Nicaragua.

Aunque es emocionante para los operadores de justicia en la especialidad de familia contar con esta poderosa herramienta jurídica, plataforma para garantizar los derechos de los y las usuarias del sistema, haremos un especial detenimiento para observar con lupa tanto la constitución voluntaria de unión de hecho ante notario decano como la declaración judicial.

## 4.2 CONSTITUCIÓN DE UNIÓN DE HECHO ESTABLE

(Nicaragua, 2011, págs. 51-52).

### **Artículo 79. Escritura de declaración de la unión de hecho estable**

La declaración de la unión de hecho estable se podrá realizar, por los convivientes, ante las Notarias y los Notarios Públicos, autorizados para celebrar matrimonio, quienes autorizarán la escritura pública que llevará este nombre, cuyos efectos serán los de hacer

constar, ante terceros, la existencia de la relación de pareja.

Al momento del otorgamiento de la escritura pública los convivientes deberán declarar que han vivido de forma singular y estable; así como acompañarán en el acto notarial el documento idóneo que acredite la aptitud legal para la realización de dicho acto, todo lo cual serán cláusulas del instrumento público y lo concerniente a la aptitud legal, quedará incorporado al protocolo del Notario o Notaria.

Hemos demostrado contundentemente que, la unión de hecho aunque ha existido paralelamente con el matrimonio, hasta el punto de ser reconocida por nuestra Carta Magna, es completamente opuesta en su esencia al matrimonio. Aunque ambas tratan sobre la familia y se requieren las mismas aptitudes legales para los sujetos, nunca podrán ser equiparadas por cuanto su única particularidad es la ausencia total de formalidades y/o solemnidades. Por lo tanto, el simple hecho de establecer un procedimiento para declarar una unión de hecho con ánimo de continuidad (constituir unión de hecho) la desnaturaliza medularmente.

#### **4.3 DECLARACIÓN DE UNIÓN DE HECHO ESTABLE.**

##### **Artículo 80. Del reconocimiento judicial de la unión de hecho estable**

Al conviviente que le interese el reconocimiento de la unión de hecho estable, por la falta de anuencia del otro o porque aquél o aquella ha fallecido, deberá solicitarlo ante los juzgados de familia competente, o quien haga sus veces, para lo cual demandará que comparezca personalmente, la persona de quien intente el reconocimiento o sus herederos o causahabientes, en caso de fallecimiento.

A la solicitud se le dará trámite en el proceso especial común de familia, del que habla este Código, en el que deberá demostrarse el cumplimiento de los requisitos de estabilidad, singularidad y aptitud legal para contraer, a que se refiere este Código.

En la sentencia que se declare el reconocimiento quedará fijada la fecha de inicio y extinción del vínculo de pareja, retrotrayendo los efectos jurídicos propios del matrimonio, a la fecha de iniciada la unión de hecho estable.

Cuando uno de los convivientes hubiera fallecido, se deberá demostrar que la convivencia estaba vigente al momento del fallecimiento para los efectos del artículo 84, Derecho a la porción conyugal y a la herencia de este Código.

Tanto en el referido artículo 79 y el 80 del Dictamen, observamos que existen dos autoridades ante quienes recurrir: los notarios decanos y los jueces facultados. El primer artículo nos dice, tajantemente, que la pareja de convivientes que desee declarar voluntariamente su unión deberá hacerlo ante notario público, mientras el segundo hace únicamente referencia al proceso que se llevará a cabo para la declaración forzada, misma que se deberá hacer únicamente ante un juez.

Nos preocupa de sobremanera, a demás de la gravísima inconsistencia jurídica de la desnaturalización de la unión de hecho según lo estudiado en capítulos anteriores, que a las personas que deseen constituir las no se les permita acudir a las instancias judiciales. De hecho, en sí mismo, esto atenta directamente contra uno de los principios rectores del Derecho de Familia que es la gratuidad. Si se establece dicha potestad como facultad exclusiva de los notarios, pues a la judicatura sólo se podría ir cuando uno esté indispuesto o haya fallecido, la población estaría obligada a sufragar honorarios para acceder a los beneficios que la Constitución le consagra. Al fin y al cabo, en muchos casos, se les estaría negando el acceso a la justicia, es decir, que la solución jurídica que propone este dictamen sería inalcanzable para gran parte de la población.

#### 4.4 SEGURIDAD SOCIAL

##### **Artículo 86. Derecho a la seguridad social**

Para los efectos de la cobertura de los beneficios de seguridad social a favor de uno de los convivientes y las hijas e hijos nacidos bajo este tipo de relación, el Instituto Nicaragüense de Seguridad Social, deberá de tomar como prueba suficiente la certificación del acta o sentencia emitida por las personas autorizadas en el presente Código. (Nicaragua, 2011, pág. 53)

Por lo que se refiere al derecho a la seguridad social, nos topamos con que los usuarios de este sistema que requieran hacer uso de los beneficios que les corresponden en virtud de la convivencia, también se verían de una u otra manera,

obligados acudir ante notario para poder acreditar su relación y hacer efectivos sus derechos. Rectificando, comprendo que lo que el legislador pretende con este artículo es evitar que cuando un usuario del sistema de seguridad social lleve una escritura de unión de hecho, esta misma sea puesta en tela de juicio por un funcionario administrativo. Por otra parte, si a todo conviviente se le requiere presentar dicha escritura, considero, se atropellaría el derecho de las personas a no formalizar sus relaciones. Es más, cuando el conviviente no pueda sufragar los honorarios del notario decano, se podría privar de un derecho fundamental como es la salud -pues ya vimos que la declaración judicial no atendería estos casos. Otro tanto puede decirse que, si no se le exige al usuario que presente la escritura de unión de hecho, seguirá siendo un funcionario administrativo de la oficina de seguros quien determine al beneficiario o beneficiaria de los derechos sociales. En resumidas cuentas, la solución planteada no es óptima.

#### 4.5 DE LA PUBLICIDAD

En lo que atañe a la publicidad, se nota un grave error procedimental en la constitución notarial. Verbigracia, en el artículo 65 del mismo Dictamen establece que “Los matrimonios celebrados en el territorio nacional serán inscritos en el correspondiente Registro del Estado Civil de las Personas del municipio donde se celebró a más tardar dentro de los treinta días hábiles, contados a partir de su celebración” (Nicaragua, 2011, pág. 49), en cambio, en el procedimiento referente a la unión de hecho se estipula que una vez “asentada en el protocolo del notario o el libro copiador de sentencia o inscrita en el Registro del Estado Civil de las Personas, demuestra la convivencia existente entre el hombre y la mujer” (Nicaragua, 2011, pág. 52).

Observamos la obligatoriedad de inscripción del matrimonio en el Registro Civil de las Personas del municipio donde residan los contrayentes, asimismo, las sentencias judiciales declarando la unión de hecho deberán ser inscritas en el Registro; no obstante, en el caso de la unión de hecho se percibe una ambigüedad

pues establece dos criterios de publicidad: protocolo del notario o libro copiator de sentencia con su debida inscripción en el Registro. Es decir, que si el notario o los convivientes no desean inscribir en el Registro correspondiente su unión, los terceros están totalmente desprotegidos con respecto a estos.

Esto deja las puertas abiertas para que exista una tremenda inseguridad jurídica, pues, al fin y al cabo, una persona podría constituir tantas uniones de hecho como protocolos de notarios decanos existan en el país. ¿Cómo se puede garantizar el requisito de singularidad? En el caso del matrimonio el funcionario pide la constancia de soltería, la cual saldría gravada si existe un matrimonio anterior. Pero en la unión de hecho, al dejar la inscripción al antojo del notario o deseo de los convivientes, habría demasiados resquicios por donde se pueda cometer fraude a la Ley.

Hay que tener en cuenta que, el dictamen no manda a que los Registros Civiles de las personas abran un libro especial para las uniones de hecho. La verdad es que, de permanecer así, aún contra la lógica jurídica, se estaría elevando a nivel de estado civil a una situación fáctica.

En resumidas cuentas, entendemos la urgencia del legislador para dar respuesta a las necesidades jurídicas que existen. La Constitución establece a la familia matrimonial la posibilidad de constituir un patrimonio familiar libre de impuestos e inembargable, semejante ocurre con las familias constituidas por unión de hecho. Sin embargo, la dificultad radica en la acreditación de las uniones sin violentar el derecho de las partes a no formalizarse. Ya que, si desean obtener los beneficios de los que constitucionalmente son acreedores, tendrían que renunciar a la inexistencia de vínculos jurídicos, sometiéndose a la solemnidad y requisitos prescritos por la Ley.

Globalmente, considero necesario arreglar los óbices antes mencionados, para lo cual se necesita la redacción de un mecanismo que no sea ritual ni solemne, y que



al mismo tiempo abra un acceso seguro a los derechos familiares. En definitiva, la regulación de la unión de hecho en el dictamen crea una duplicidad de instituciones. Creo que, o bien el matrimonio menguaría -pues la población preferiría la unión de hecho-, o la declaración voluntaria tendría poca o nula utilidad por la desconfianza e inseguridad jurídica que acaece por la no obligatoriedad de registrarlas. Lo cierto es que, hablo de duplicidad de instituciones observando que los requisitos de la declaración de la unión de hecho son los mismos que se deben verificar para la celebración de un matrimonio. En particular, el contenido fundamental de ambos es básicamente el mismo -respeto y solidaridad, artículo 70 (Constitución Política de Nicaragua, 1987). De igual forma, los efectos jurídicos que ambas otorgarían son exactamente iguales.

Haciendo hincapié en la diferencia total entre la unión de hecho y el matrimonio, no siendo más que la falta de formalidad de la primera, lo que debe procurarse, en lugar de la creación de un régimen legal distinto, es acoplar esta realidad social garantizando los derechos constitucionales que por la naturaleza de esta convivencia ya se han adquirido. El reconocimiento judicial es a la fecha la manera más efectiva de garantizar derechos y evitar injusticias al respecto de aquellos que durante años decidieron vivir a la manera de marido y mujer.

Para algunos tratadistas, Pedro Lafont Pianneta y Valencio Zea entre ellos, la sentencia judicial es -en los casos en los cuales la convivencia ha sido frustrada por desavenencia o defunción- el instrumento que permite dotar de seguridad jurídica. Asimismo, permite a la sociedad marital adquirir certeza y eficacia. La decisión judicial no tiene una naturaleza constitutiva sino declarativa, porque la declaración no es requisito para la existencia sino para la seguridad jurídica entre los ex convivientes y frente a terceros. Antes de la declaración mediante sentencia judicial la sociedad patrimonial tiene existencia por sí misma, pues nace desde el momento en que se reúnan las condiciones prescritas para ello. Se trata, pues, de una sociedad existente pero incierta ante el derecho y, por lo tanto, sin los

efectos jurídicos que le debe otorga. En pocas palabras, dicha decisión judicial le otorga certeza declarativa no constitutiva.

## Conclusiones

La doctrina mantiene tres teorías en cuanto a la regulación de la unión de hecho estable: la primera se trata del completo silencio legislativo, ignorándola; en segundo lugar el reconocimiento legal, en donde puede equipararse o no con el matrimonio; en tercer lugar, la prohibición o sanción. Las legislaciones por su parte, siendo la actual tendencia el reconocimiento jurídico de esta realidad social, sigue dos corrientes: la equiparación con el matrimonio (Honduras: “*Se reconoce la unión de hecho entre las personas legalmente capaces para contraer matrimonio. La Ley señalará las condiciones para que surta los efectos del matrimonio civil*”), o bien el reconocimiento en rango inferior al matrimonio (El Salvador: “*El fundamento legal de la familia es el matrimonio y descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges*”).

En la realidad social de Nicaragua las uniones de hecho no son casos aislados y esta situación ha causado serios aprietos a los juzgadores encargados de garantizar los derechos constitucionales a los y las nicaragüenses que decidieron convivir sin vínculos jurídicos con sus parejas. Muchos de estos problemas se deben a que estas leyes están dispersas en diversas en todo el cuerpo normativo, incluso contrariándose entre sí. Por lo tanto, es plausible el interés y la iniciativa de los legisladores por concentrar en el Dictamen del Código de Familia la regulación que concierne a la unión de hecho.

La unión de hecho estable junto con el matrimonio, son formas de constituir familia y ambas gozan de protección constitucional. Tanto el matrimonio como la unión de hecho, según la regulación planteada en el Dictamen, tienen entre sus requisitos su naturaleza heterosexual, singular o monogámica. No obstante, el matrimonio no

necesita cumplir con ciertos requisitos que sí son necesarios en la unión de hecho; tal es el caso de la publicidad o reconocimiento social, estabilidad y permanencia, entiéndase la necesidad de cohabitar. De igual modo, el parte aguas entre aquel con respecto de esta radica en que la unión de hecho carece de venia para atravesar solemnidades o procesos de formalización.

El dictamen de Código de Familia propone la declaración de unión de hecho jurisdiccional y voluntaria. En el caso jurisdiccional su constitución es meramente declarativa, pues el judicial determinará entre qué fechas existió la unión de hecho entre los convivientes, para garantizar así los derechos adquiridos en virtud de la relación. Por el contrario, la declaración voluntaria se realizaría ante un notario decano y este extenderá un documento público similar al del matrimonio, en el se cual determinará que los convivientes se encuentran y deciden permanecer en unión de hecho; esto con el fin de tener acceso a beneficios sociales y de otra índole que se encuentran establecidos en la Constitución.

Es de considerar que, aunque la necesidad de concentrar la regulación de la unión de hecho estable es una realidad apremiante, el tratamiento que se le da en el Dictamen no es el adecuado. El artículo 79 del Dictamen establece lo referente a la declaración voluntaria de la unión de hecho ante notario y la formalización mediante escritura pública; luego, el artículo 82 versa sobre la publicidad legal de la unión de hecho. En la declaración jurisdiccional de la unión de hecho no hay incongruencias con las características que la doctrina ni el dictamen mismo propone, antes bien protege derechos adquiridos de los convivientes. Sin embargo, la declaración voluntaria ante notario decano contradice totalmente su componente fundamental, que es la no formalización o inexistencia de vínculo legal. Luego, el segundo artículo, crea una alarmante inseguridad jurídica pues la función preventiva del acto notarial no se cumpliría ya que, al establecer que el asiento de la escritura en el protocolo basta para dar publicidad legal a la unión de hecho, ¿cómo los terceros van a tener acceso a todos los protocolos del país para verificar la previa existencia o no de estos vínculos?

## Recomendaciones

Para dar solución a la desigualdad que afecta a las familias nacidas matrimonialmente o por unión de hecho, pero sin desnaturalizar a esta ni menguar a aquella, proponemos que se utilice el mecanismo de la convalidación. A saber, cuando la pareja decida dejar de vivir sin vínculo jurídico, se acerque la judicatura o ante notario decano. En el mismo momento, una vez comprobado que no hay impedimentos y se cumplieron los requisitos establecidos en la Ley, se les otorgue escritura pública de matrimonio en la que se incluirá el tiempo de convivencia; a fin y efecto de que se hagan valer los derechos constitucionales adquiridos durante este período. Por lo tanto, la declaración voluntaria de unión de hecho debe ser eliminada del dictamen del Código de Familia.

Por otra parte, si el legislador insiste en conservar la declaración voluntaria de la unión de hecho, se debería redactar nuevamente el artículo 79 y 80 de manera tal que se pueda acudir indistintamente al despacho judicial o ante notario decano para declararla; a fin de garantizar la gratuidad. A demás, se deberá incluir en la redacción del artículo 82 la obligatoriedad de inscribir en el Registro civil de las Personas tanto la declaración ante notario como la judicial, para que evitar la inseguridad jurídica.

## Referencias

- Belluscio, A. C. (1988). Manual de derecho de Familia. El Salvador.
- Bermúdez Zarifeth, J. (Marzo de 1995). Regimen Jurídico de la Unión de Hecho Estable en Nicaragua. Managua, Nicaragua: s/p.
- Cabanellas, G. (1979). *Diccionario enciclopédico de derecho usual* (4 ed.). Buenos Aires, Argentina: Helisiasta.
- Código Civil de Nicaragua (25 de Febrero de 1867).
- Código Civil de Nicaragua (5 de Febrero de 1904).
- Código Penal de Nicaragua (9 de Octubre de 1996).
- Constitución Política de Nicaragua (9 de Enero de 1987).
- Decreto 1065. Ley Reguladora de las Relaciones entre Madre, Padre e Hijos (3 de Julio de 1982).
- Ley 143. Ley de Alimentos (24 de Marzo de 1992).
- Ley de Reformas y Adiciones al Código Penal (3 de Diciembre de 2007).
- Ley General de Migración y Extranjería (6 y 7 de Julio de 2011).
- Martín, M. D. (2005). Mujer y Concubinato en la sociedad romana. *Anales del Derecho* , 239-248.
- Meza Gutiérrez, M. A. (2009). *Derecho de Personas y Familia. Módulo Autoformativo N° 11*. Managua: Facultad de Ciencias Jurídicas.
- Monroy Ley, M. V. (2007). *La necesidad de regular el reconocimiento de la unión de hecho post mortem en la vía extrajudicial*. Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala.
- Nicaragua, A. N. (31 de Marzo de 2011). *Biblioteca Asamblea Nacional*. Recuperado el 16 de Octubre de 2011, de [http://legislacion.asamblea.gob.ni/SILEG/Iniciativas.nsf/ea79fa9f52c97aeb06256700005032db/41a563b45aae95c50625786b004b6645/\\$FILE/DICTAMEN%20C%20C3%93DIGO%20DE%20FAMILIA.pdf](http://legislacion.asamblea.gob.ni/SILEG/Iniciativas.nsf/ea79fa9f52c97aeb06256700005032db/41a563b45aae95c50625786b004b6645/$FILE/DICTAMEN%20C%20C3%93DIGO%20DE%20FAMILIA.pdf)
- Reglamento General de la Ley de Seguridad Social (1 de Marzo de 1982).

Rivera Madriz, M. (Junio de 2010). Análisis comparativo de la Unión de Hecho en los países centroamericanos. Managua, Nicaragua: s/p.

Rivera Madriz, M. L. (Junio de 2010). Análisis comparativo de la Unión de Hecho en los países centroamericanos. Managua, Nicaragua: s/p.

Rivera Zamora, X. (s.f. de s.f. de s.f.). Unión de Hecho Estable. Nicaragua: s.p.

Rosario, U. C. (2000). *Origen y evolución de la unión marital de hecho*. Bogotá: Facultad de Jurisprudencia.

Salazar, P., & E. F. (1994). Manual de Derecho de Familia. El Salvador.

Shokel, L. A. (2011). Santa Biblia. En L. Alfonso, & L. A. Shokel, *Segundo Libro de Samuel* (pág. 2424). Bilbao: Ediciones Mensajero, S.A.U.

Terna, I. (Abril de 2002). Estado actual de las uniones de parejas heterosexuales y homosexuales. Zaragoza, España.